

REVISTA da

FALP



Federação dos Advogados
de Língua Portuguesa

Volume 1 - 2022

**Direito ao
DE
SEN
VOL
VI
MEN
TO**

1

AUTORES

Alexandre Scherman Rocha
Arnoldo Wald
Bruna Alves de Souza
Bruno Daleffi
Caio Medici Madureira
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
Carlos Pinto de Abreu
Cassio S. Namur
Cláudio Gômara de Oliveira
Constança Calçada Soares
Diogo Leonardo Machado de Melo
Eduardo Augusto Muylaert Antunes
Eduardo Lycurgo Leite
Eduardo Vera-Cruz Pinto
Filipa Guadalupe
Hernâni de Oliveira Soares
Idalett Sousa
João Vacas
José Anchieta da Silva
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
José Luiz Ragazzi
Lúcia Helena Polleti Bettini
Marcelo Guedes Nunes
Maria Helena Diniz
Mário Luiz Delgado
Miguel Marques de Carvalho
Paula Marcílio Tonani de Carvalho
Paulo Lins e Silva
Raphael Crocco Monteiro
Rui José da Cunha
Vanessa Toscano de Melo

DIRETOR DA REVISTA

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro



EDITORA
IASP

DIRETOR DA REVISTA

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro



Direito ao Desenvolvimento

Volume 1 - Ano 2022



EDITORA
IASP

São Paulo - SP
Editora IASP
2022

Direito ao Desenvolvimento

Volume 1 - Ano 2022

DIRETOR DA REVISTA

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

AUTORES

Alexandre Scherman Rocha
Arnoldo Wald
Bruna Alves de Souza
Bruno Daleffi
Caio Medici Madureira
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins
Carlos Pinto de Abreu
Cassio S. Namur
Cláudio Gômara de Oliveira
Constança Calçada Soares
Diogo Leonardo Machado de Melo
Eduardo Augusto Muylaert Antunes
Eduardo Lycurgo Leite
Eduardo Vera-Cruz Pinto
Filipa Guadalupe
Hernâni de Oliveira Soares
Idalett Sousa
João Vacas
José Anchieta da Silva
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
José Luiz Ragazzi
Lúcia Helena Polleti Bettini
Marcelo Guedes Nunes
Maria Helena Diniz
Mário Luiz Delgado
Miguel Marques de Carvalho
Paula Marcilio Tonani de Carvalho
Paulo Lins e Silva
Raphael Crocco Monteiro
Rui José da Cunha
Vanessa Toscano de Melo

ISBN 978-65-87082-27-1

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica.
Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Diagramação, projeto gráfico e capa: Eduardo Pedro - du@eduardopedro.com.br

Dados para catalogação

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende et al. (Coord.)
Revista da FALP – Direito ao Desenvolvimento / direção de José Horácio
Halfeld Rezende. São Paulo: Editora Iasp, 2022. 488p.

Impresso – 16 x 23cm
ISBN 978-65-87082-27-1

1. Direito - Desenvolvimento I. ROCHA, Alexandre Scherman| II. WALD,
Arnoldo. III. DE SOUZA, Bruna Alves. IV, Título



Direito ao Desenvolvimento

Volume 1 - Ano 2022



Sumário

Introdução	12
Pedro Pais de Almeida	
Apresentação	14
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro	
O Direito do Desenvolvimento e o Desenvolvimento do Direito (Meio Século de Evolução no Brasil e em Portugal de 1967 a 2022)	17
Arnoldo Wald	
Desenvolvimento da Sociedade Globalizada	39
Cláudio Gômara de Oliveira	
Direito ao Desenvolvimento no Estado de Direito: cidadania, justiça e redução das desigualdades	57
Caio Medici Madureira, José Luiz Ragazzi e Lúcia Helena Polleti Bettini	
Direito ao Desenvolvimento e o Desafio da Segurança Jurídica no Brasil	71
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro	
A Sobrevivência da Democracia	89
Eduardo Muiyler	
Democracia e o Dever Fundamental de Combater a Mentira	105
Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins	
A Importância Lusófona nas Grandes Instituições	115
Paulo Lins e Silva	
O Umbigo de Adão	127
Eduardo Lycurgo Leite	
Repercussão do Uso da Internet nos Direitos da Personalidade: Algumas Reflexões	141
Maria Helena Diniz	
Os Direitos de Autor na Era Digital	159
Rui José da Cunha e Filipa Guadalupe	

O Metaverso Não Existe, Mas Já Tem Impacto	177
João Vacas	
Inteligência Artificial para... uma Justiça mais Humana	193
Carlos Pinto de Abreu e Constança Calçada Soares	
O Impacto do Marco Civil da Internet no Judiciário:	219
Análise Quantitativa dos Efeitos do Artigo 19 da	
Lei 12.965/2014 no Judiciário Brasileiro	
Bruno Daleffi e Marcelo Guedes Nunes	
A Função Social da Empresa como Instrumento	235
do Direito ao Desenvolvimento	
Mário Luiz Delgado	
Considerações acerca da relevância dos princípios jurídicos	261
nos processos de insolvência transfronteiriça (cross-border	
insolvency) no Direito brasileiro e no Direito português	
José Anchieta da Silva	
A Indústria Petrolífera para Além dos Tributos:	299
Royalties; Conteúdo Local; e P,D&I	
Alexandre Scherman Rocha	
Parcerias Entre Poder Público e Instituições Privadas	313
e Desenvolvimento Nacional	
Bruna Alves de Souza e Raphael Crocco Monteiro	
Direito da Concorrência em Angola: novos desafios	333
e novos começos	
Miguel Marques de Carvalho e Idalett Sousa	
As Férias Judiciais porque fazem sentido e são necessárias?	361
Hernâni de Oliveira Soares	
Os Direitos Humanos Universais no Futuro da Humanidade	375
Eduardo Vera-Cruz Pinto	
Violação dos Direitos Humanos - A problemática das migrações	397
Vanessa Toscano de Melo	
Sequestro Internacional no Brasil e a Legitimidade	411
da Voz da Criança	
Cassio S. Namur	

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 441
como Instrumento para Suprir Lacunas do
Ordenamento Jurídico

Paula Marcilio Tonani de Carvalho

Uma Lei Federal para Reprodução Assistida no Brasil? 469

Diogo Leonardo Machado De Melo

Introdução

A FALP - Federação dos Advogados de Língua Portuguesa, foi constituída a 10 de Março de 2020, definindo a sua Missão, em quatro pilares fundamentais:

1. Direitos e Garantias: defesa dos princípios do Estado de Direito e do papel fundamental que os advogados devem desempenhar, na defesa dos direitos dos cidadãos;

2. Ciência e Investigação: constituição de uma biblioteca digital sobre temas relevantes do Direito das jurisdições de língua oficial portuguesa; apoio à investigação no Direito; criação de redes e plataformas de saber e troca de informação;

3. Educação e Formação: elaboração de conteúdos; desenvolvimento de formação na relação com as Ordens ou Associações de Advogados, representativas da classe dos advogados nas jurisdições de língua oficial portuguesa, universidades, pessoas coletivas e pessoas singulares;

4. Promoção: fomentar o relacionamento entre advogados das jurisdições de língua oficial portuguesa; promover a relação com os cidadãos e as sociedades das jurisdições de língua oficial portuguesa; organização de eventos – seminários e congressos - a realizar alternadamente numa das jurisdições de língua oficial portuguesa.

Nestes quase três anos de atividade, a FALP concretizou diversos projetos, dos quais importa destacar:

- A criação de Centros de Conhecimento, a saber, quatro Comissões (Comissão de Arbitragem e Mediação; Comissão de Diversidade e Inclusão; Comissão de Investimentos Estrangeiros e Comissão de Organização de Escritórios de Advogados) e dois Grupos de Trabalho (Grupo Especial de Jovens Advogados e Grupo de Trabalho de Direito da Família e Sucessões). Estes Centros de Conhecimento foram responsáveis pela organização e conteúdo de oito eventos científico, conferências, seminários, reuniões e um congresso, na sua maioria telemáticos, mas também presenciais.
- A candidatura e posterior admissão como membro Observador Consultivo da CPLP, mediante Resolução do Conselho de Ministros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, tomada durante a XXVI Reunião Ordinária, realizada em Luanda a 16 de julho de 2021.
- A constituição e lançamento do Observatório do Estado de Direito da FALP, cujo objetivo é promover o Estado de Direito através do estudo, divulgação e recomendação das melhores práticas nesse domínio, assim como a recolha, investigação e tratamento de informação sobre violações do Estado de Direito.

Com o lançamento, em formato eletrónico, da “Revista da FALP - Direito ao Desenvolvimento”, damos um importante passo na concretização do eixo da nossa Missão, relativo à Ciência e Investigação sobre temas relevantes do Direito das jurisdições de língua oficial portuguesa.

Agradeço vivamente aos trinta e um membros da FALP, autores dos artigos publicados neste primeiro número da nossa Revista da FALP - Direito ao Desenvolvimento.

Estamos certos este primeiro número será do vosso agrado.

Pedro Pais de Almeida

Presidente da Direção da FALP

Apresentação

A FALP - Federação dos Advogados de Língua Portuguesa surge no cenário mundial para cumprir um papel essencial em benefício de uma Advocacia Lusófona que representa, em termos numéricos, a maior Advocacia do mundo, presente em quatro dos cinco continentes.

No mesmo sentido, a língua portuguesa é o quarto idioma mais usado no mundo, depois do mandarim, inglês e espanhol, segundo o Instituto Camões, que indica aproximadamente 260 milhões de pessoas (3,7% da população mundial) falando o idioma português.

Como se não bastasse o aspecto quantitativo, todas as Jurisdições de língua portuguesa, Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Macau, Moçambique, Portugal, Santo Tomé e Príncipe e Timor-Leste, representam uma força intelectual numa sociedade globalizada.

Foi a partir desse contexto que nasceu a ideia desta Revista, ou seja, uma Revista que cuidará da Ciência e Investigação, um dos quatro pilares fundamentais da FALP.

O formato de uma revista eletrônica, gratuita, como instrumento de intercâmbio cultural, está indissociavelmente relacionado com o seu conteúdo a partir de uma linha editorial do estudo do Direito ao desenvolvimento.

A ideia de tratar do desenvolvimento como um fenômeno jurídico não é nova, e foi inspirada na doutrina de vanguarda do Professor Arnoldo Wald: “Se o desenvolvimento é o maior problema do nosso tempo e do nosso País, e se a sua realização se tornou determinação constitucional explícita, não se pode deixar de apreciar a contribuição que o advogado pode e deve

trazer à ação comum. O direito visa garantir a estabilidade das sociedades que rege e, sempre, foi o catalizador do progresso.” (Arnoldo Wald, O direito do desenvolvimento, in Revista Forense, vol. 220, ano 63, out-dez 1967, p. 421)

O leitor e o estudioso poderão se aprofundar nas diferentes dimensões do Direito ao desenvolvimento, a partir de vinte e quatro preciosos artigos, da lavra de trinta e um autores, que tratam de temas atuais e instigantes, não somente para a língua portuguesa, mas para o mundo.

O especial agradecimento pela oportunidade que me confiou o nosso Presidente da Direção da FALP, Dr. Pedro Pais de Almeida, para a direção desta Revista. Em igual medida, o agradecimento para a Editora IASP, do Instituto dos Advogados de São Paulo, que na qualidade de membro honorário da FALP, emprestou toda a estrutura e prestígio da sua Editora para a edição e lançamento desta Revista.

Sem temor de errar na afirmação, são sólidos os fundamentos desta Revista do Direito ao Desenvolvimento, pois permite o estudo e o intercâmbio entre as diversas Jurisdições de língua portuguesa, sendo essa uma necessidade perene da universalidade da cultura.

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Diretor da Revista do Direito ao Desenvolvimento da FALP

O Direito do Desenvolvimento e o Desenvolvimento do Direito (Meio Século de Evolução no Brasil e em Portugal de 1967 a 2022)

*THE LAW OF DEVELOPMENT AND THE DEVELOPMENT OF
LAW (HALF A CENTURY OF EVOLUTION IN BRAZIL AND
PORTUGAL SINCE 1967 TO 2022)*

Arnoldo Wald

Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (1953). Advogado inscrito na OAB do Rio de Janeiro (1954), São Paulo e Brasília. Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (1956). Livre Docente de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Fluminense (1956). Livre Docente de Direito Civil (1957) e Professor Catedrático de Direito Civil (1966) na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara (atualmente UERJ). Secretário Geral e Presidente do Grupo Brasileiro da Association Henri Capitant (1962-2012) e, em seguida, presidente de honra do mesmo. Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1965- 1967). Professor Associado de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Paris (1969-1970 e 1991-1992). Presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM e Membro do Conselho Monetário Nacional – CMN (1988-1989). Doutor Honoris Causa da Universidade de Paris II (1997). Fundador e Diretor da Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais (1998) e da Revista de Arbitragem e Mediação (2004). Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE (2000-2002). Membro emérito do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP (2011).

Sumário

1. Introdução
2. Desenvolvimento e Direito
3. O Código Civil Português de 1966 e o Código Civil Brasileiro
4. O Desenvolvimento no Século XXI
5. A Crise e o Compliance
6. Conclusão



Resumo

O presente artigo estuda e analisa o processo de desenvolvimento da sociedade, fruto da estabilidade social e das relações complementares entre a intervenção estatal e a participação da população. Coordenado pelos advogados, na medida que balanceiam os interesses das partes, o processo de desenvolvimento da sociedade é efetivamente estruturado e executado pelo Direito de Desenvolvimento o qual através da aplicação do ordenamento jurídico, voltado para a realidade nacional do momento da sociedade civil e seu futuro, reflete-se na evolução das normas conforme o progresso evolutivo da sociedade. Direito esse que, devido as abruptas transformações técnicas, sociais e políticas do século XXI necessita encontrar um equilíbrio, o qual só pode ser alcançado através de uma boa regulação concomitantemente com uma adequada compliance, garantindo assim o bom funcionamento das instituições e evitando as distorções que se multiplicaram tanto nas empresas quanto nas condutas dos cidadãos..

Palavras-chave: Desenvolvimento, Evolução, Transformação, Sociedade, Direito de desenvolvimento, relações interpessoais, intervenção estatal, *compliance*.

Abstract

This article studies and analyzes the process of development of society, which is the product of social stability and the complementary relationships between state intervention and the participation of the population. Coordinated by lawyers, insofar as they balance the interests of the parties, the process of development of society is effectively structured and executed by the Law of Development which, through the application of the legal system, focused on the national reality of the moment of civil society and its future, is reflected in the evolution of norms according to the evolutionary progress of society. This right, due to the abrupt technical, social and political transformations of the 21st century, needs to find a balance, which can only be achieved through good regulation concomitantly with adequate compliance, thus guaranteeing the proper functioning of institutions and avoiding the distortions that multiplied both in companies and in the conduct of citizens.

Keywords: Development, Evolution, Transformation, Society, Law of Development, interpersonal relationships, state intervention, compliance.

"The law, like the traveller, must be ready for the morrow. It must have a principle of growth." **(BENJAMIN N. CARDOZO)** ^[1]

"... Na atual crise de valores, o mundo pede ao juristas ideias novas, mais que sutis interpretações". **(TULLIO ASCARELLI)** ^[2]

"A linha de combate - o front - da lua pelo Direito é historicamente móvel, e é para ele que se deve transportar o espírito dos juristas, em vez de contestar-se com as tarefas da mera manipulação técnica processadas na retaguarda." **(SAN TIAGO DANTAS)** ^[3]

"Uma economia de mercado só pode funcionar corretamente num quadro institucional, político e ético que assegure a estabilidade e a regulação." **(MAURICE ALLAIS)** ^[4]

1. Introdução

É uma honra participar do lançamento da *Revista Luso-Brasileira*, decorrente de uma parceria IASP/FDUL logo após o VIII Colóquio realizado em Lisboa, em maio de 2022, sobre as novas perspectivas do direito.

O assunto que me pareceu o mais oportuno é o Direito do Desenvolvimento, que foi o tema de uma palestra que fiz, em Coimbra, há

1. CARDOZO, Benjamin N. *The Growth of the Law*. New Haven: Yale University Press, 1924, p. 19-20.

2. ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 329.

3. DANTAS, San Tiago. *Palavras de um Professor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 41.

4. apud ALBERT, Michel. *Notre foi dans ce siècle*. Paris: Arlea, 2002, p. 120.

meio século e que deve ser renovada ou até repensada. Na ocasião, tinha sido convidado pelo então Ministro da Justiça e autor do Projeto de Código Civil Português, professor Antunes Varela. Aproveitei para visitar demoradamente a Faculdade e especialmente a sala da Biblioteca que, na época, era reservada aos professores. Terminada a minha palestra, um dos mestres da casa me perguntou como poderíamos conciliar a tradição, que queríamos conservar, com a modernidade e o desenvolvimento que eu estava defendendo. Respondi-lhe que se tratava de uma necessidade para a sobrevivência da nossa civilização. Este diálogo me ficou na memória e, numerosas vezes, voltei ao assunto, tratando do direito dos nossos dois países, de suas características e de sua evolução, do passado, do presente e do futuro das nossas instituições e das crises que as nossas sociedades sofreram decorrentes da Revolução dos Cravos em Portugal e do Regime Militar no Brasil. Pudemos superá-las mediante a redemocratização que realizamos tanto na Europa como na América Latina.

2. Desenvolvimento e Direito

Se o desenvolvimento é o maior problema do nosso tempo, e se a sua realização no Brasil se tornou determinação constitucional explícita, não se pode deixar de apreciar a contribuição que o advogado lhe pode e deve trazer.

O direito visa garantir a estabilidade das sociedades que rege e sempre foi o catalizador do progresso.

O século XIX, forneceu às democracias ocidentais, os quadros jurídicos da atividade econômica e política, consolidando, numa técnica considerada como adequada, os princípios da propriedade privada e da liberdade contratual e oferecendo, com a criação das sociedades anônimas, os grandes instrumentos da revolução industrial e do capitalismo moderno.

No século XX, as transformações técnicas e sociais incentivaram a criação de novos ramos da ciência jurídica e assistimos, assim, à emancipação sucessiva do direito do trabalho e da previdência social, do direito aeronáutico,

do direito agrário, do direito econômico e de outras tantas especializações, que ensinaram a organização de cursos e o desdobramento de cátedras.

Em geral, a didática do direito nos países em vias de desenvolvimento manteve a mesma estrutura e características idênticas às existentes no passado nos países mais adiantados, sem que houvesse um esforço necessário de adaptação para orientar o ensino no sentido de um conhecimento mais profundo das nossas realidades e do momento histórico em que vivemos, o que só ocorreu no século XXI.

No Brasil, podemos afirmar que o maior problema consiste em realizar a experiência da “arrancada” e a marcha para o desenvolvimento pleno em período curto, alcançando assim, em alguns anos, o progresso que os países da Europa levaram séculos para atingir e que, nos Estados Unidos, foi o fruto de algumas décadas de trabalho intenso.

Não há dúvida que o progresso pressupõe, no mínimo, duas atividades propulsoras que são complementares entre si: a intervenção do Estado e a participação da população.

Ao Poder Público cabe a função primordial de planejar e coordenar as atividades cuja realização incumbe ao mundo, através das diversas classes sociais.

Nos países democráticos, em que a economia está predominantemente nas mãos dos particulares, o planejamento, não pode ser autoritário, pois depende da colaboração das forças econômicas, e se apresenta como o fruto de um verdadeiro diálogo construtivo entre o Poder Público e a população. Surgiram, assim, o que se denominou o direito colaborativo e a economia dialogada, concertada, negociada, decorrente da cooperação entre as autoridades e os particulares que executam a política econômica. André Piettre pode afirmar, a este respeito, que *ajustada na sua elaboração, a economia se torna contratual na sua execução.*

É pelos entendimentos entre os advogados do Poder Público e das empresas que se firma a política econômica do planejamento, pois cada uma

das partes interessadas, necessita da colaboração da outra e, somente pelo atendimento das aspirações básicas de ambas, é que se poderá construir o clima econômico e social de liberdade e de segurança, que constitui premissa do desenvolvimento.

Este há de ser global, pois a sociedade constitui uma unidade orgânica, não sendo possível isolar o desenvolvimento econômico das outras mutações sociais imprescindíveis para a sua realização.

A história revela que os planejamentos puramente econômicos fracassam, quando não acompanhados e complementados por mudanças de estruturas e de mentalidade social e cultural. É preciso realizar a sincronização das ideologias e das estruturas, da saúde e da educação, sob pena de provocar sérios impasses na evolução nacional.

Essa caracterização global do desenvolvimento é muito importante, pois nela consiste a distinção básica entre crescimento e desenvolvimento, o primeiro de caráter meramente quantitativo, baseado no aumento estatístico do produto bruto, ou de outros índices, e o segundo qualitativo, inspirado na mutação histórica, na passagem de um tipo de vida social para outro, na tomada de consciência do processo de industrialização e dos seus corolários sociais e pedagógicos, abrangendo maior igualdade entre todos os cidadãos.

Enquanto o crescimento é um dado meramente econômico, o desenvolvimento pressupõe, ao contrário, na lição de Raymond Aron, *“uma administração e uma legislação racionalizadas, a difusão do ensino, o recrutamento de homens de empresa e a formação do capital de investimento necessário”*^[5].

Ao advogado cabe, pois, a função de coordenador dos técnicos que contribuem para a realização do desenvolvimento. É ele um especialista em ideias gerais e, ao mesmo tempo, é o jurista que dá forma às convenções e aos planos, procurando conciliar as exigências dos diversos setores, para dar viabilidade a um projeto nacional.

5. ARON, Raymond. *Trois essais sur l'âge industriel*. Paris: Plon, 1966, p. 54.

No campo agrícola, por exemplo no Brasil, torna-se necessário, atualmente, coordenar políticas diversas destinadas, umas a permitir o aperfeiçoamento das condições de produção, como a regulamentação dos direitos do empregado rural, outras para facilitar a circulação dos produtos por estradas de ferro e a organização de cooperativas e a institucionalização do crédito agrícola, além de medidas gerais de caráter educacional, sanitário e habitacional, com reflexos sobre a situação do agricultor. Cada uma dessas políticas pressupõe um quadro jurídico próprio, devendo haver um perfeito entrosamento entre todas elas, para que não se compensem negativamente os seus efeitos, impedindo-se, pela contradição existente entre as diversas disposições, que alcancem os seus resultados.

Se é preciso criar novas formas e instrumentos de crédito, devemos também aperfeiçoar as instituições bancárias que intervirão no mercado, examinar as garantias que, em determinadas condições locais, poderão ser dadas pelo agricultor, complementar a política agrária com as normas sociais aplicáveis e aproveitar mais adequadamente os recursos investidos na política habitacional. É, assim, como vemos, dupla a função do advogado no direito do desenvolvimento. É ele o estruturador dos quadros jurídicos das técnicas econômicas e sociais utilizadas e o coordenador das exigências e sugestões dos diversos especialistas.

Não há, pois, dúvida alguma quanto à legitimidade da existência do direito do desenvolvimento, como ramo próprio e autônomo. A questão básica consiste, pois, em adaptar o direito às suas novas funções, para que possa cumprir o papel que lhe atribui a sociedade contemporânea, que sendo democrática, apresenta uma economia contratual, pois *“se o aspecto técnico do contrato se dilui, é toda a economia que se desenvolve num estilo novo, que é o estilo contratual”*.

É o direito de desenvolvimento que estrutura os processos jurídicos da planificação, tanto no que se refere à elaboração dos planos como no tocante à sua execução.

Do ponto de vista filosófico, trata-se de um conjunto de normas voltadas para a realidade nacional do momento da sociedade civil e o seu futuro, orientadas para a ação que o Governo e os órgãos de representação pretendem exercer sobre a situação atual e inspiradas por princípios de justiça distributiva e comutativa.

Assim, nos países em vias de desenvolvimento, o primado do direito não significa mais um princípio estático da manutenção do *statu quo*, mas sim a mola propulsora do bem-estar social, de caráter eminentemente dinâmico, visando “estabelecer condições econômicas, sociais e culturais que permitam ao indivíduo e ao Estado a realização de suas mais legítimas aspirações e assegurem o respeito à dignidade humana”.

Em excelente síntese, disse Sua Santidade o Papa Paulo VI que o verdadeiro desenvolvimento “*não é a riqueza egoísta e desejada por si mesma, mas a economia a serviço do homem, o pão cotidiano distribuído a todos, como fonte de fraternidade e signo de providência*”^[6].

Ao homem contemporâneo cabe, na realidade, repetir, de modo diuturno, o milagre da distribuição dos pães e ao jurista incumbe a missão de encontrar os moldes que a sociedade necessita para tanto.

3. O Código Civil Português de 1966 e o Código Civil Brasileiro

Nos meados do século passado, os trabalhos de conclusão do Código Civil português, foram acompanhados pelo país inteiro, e o chefe de Estado, na sessão inaugural da IX Legislatura, anunciou, ao lado da ponte de Lisboa e das obras de irrigação de Alentejo, ser a expressão máxima de uma época e o símbolo da capacidade criadora de uma geração. Há nesta afirmação de chefe de Estado um sabor napoleônico que numa fase politicamente agitada como a nossa, lembra a lição de Ripert, para quem a única revolução verdadeira e duradoura é a dos juristas, dos codificadores e dos praxistas, que consolidam,

6. Papa João Paulo VI, Carta Encíclica *Populorum Progressio*, *Quarenta anos do lançamento: 1967-2007*. São Paulo: Centro de Documentação Eletrônica Beato João XXII, 2007. Prefácio de Wagner Balera.

na vivência diária, a reformulação do comportamento humano correspondente às novas ideologias. Revolução jurídica, acrescenta Ripert, sem a qual as demais revoluções políticas, econômicas e sociais não teriam sentido algum.

Portugal fez da reforma do seu Código Civil um grande acontecimento cultural da nacionalidade, convocando todas as classes para uma cooperação crítica na elaboração da obra que deveria substituir o Código outrora elaborado pelo Visconde de Seabra e que contara, com a colaboração do próprio Herculano, em matéria linguística.

Em palestra que proferiu perante a Assembleia Nacional Portuguesa, o ministro da Justiça na época, Professor Antunes Varela, teve o ensejo de afirmar que “quase todo o articulado do projeto nasceu de uma numerosa série de estudos doutrinários realizados por professores de Direito, que à séria preparação científica exigida pelo magistério superior aliavam, em geral, uma sólida experiência prática, proveniente *do exercício da advocacia ou de uma intensa atividade consultiva. Estes trabalhos legislativos, à medida que os autores davam a investigação por concluída, iam sendo trazidos ao conhecimento de juristas e assim estiveram, durante anos sucessivos, graças à ampla divulgação que o Ministério lhes concedeu, expostos à apreciação crítica dos interessados na reforma*”. Além disso, ainda na fase dos anteprojetos, as questões de maior delicadeza social e política, sobretudo no domínio das sucessões e no capítulo das relações familiares, foram largamente estudadas e debatidas em comissões revisoras nas quais, ao lado dos membros da Comissão pelo Código, estiveram representadas as profissões mais experimentadas na aplicação concreta dos textos legais, desde a judicatura, a magistratura do Ministério Público e a advocacia até aos técnicos dos registos e do notariado, como afirma o ministro Antunes Varela.

Finalmente, após várias publicações dos diversos projetos, foi aberto um prazo de quatro meses para que a opinião pública se mobilizasse em torno do problema da codificação apresentando as suas sugestões e emendas e trazendo ao Governo a colaboração das diversas profissões e das classes interessadas em geral. Num país de formação e que era, na época, de sistema político autoritário, assistimos, assim, a uma elaboração legislativa que se caracterizou

pelo diálogo democrático, esclarecendo as autoridades, que, “*em época nenhuma da vida do país, um projeto de lei com real interesse para a coletividade esteve sujeito a um verdadeiro plebiscito da Nação durante tanto tempo como o Código Civil*”. Afirmou, ainda: o ministro português da Justiça, que: “*em nenhum país do mundo as autoridades responsáveis conseguiram, até hoje, facultar aos estudiosos um conjunto tão extenso de publicações e uma coleção tão rica de elementos interpretativos como os milhares de páginas que, enriquecendo a literatura jurídica portuguesa, formam a massa imponente dos trabalhos preparatórios do Código*”.

No campo científico da elaboração legislativa, parece que Portugal conseguiu realizar, na feitura do projeto de Código Civil, uma revolução democrática de grande importância.

Foi o ponto de partida de uma evolução democrática que levou Portugal à social-democracia, ao desenvolvimento e à integração na Comunidade Europeia.

Não há dúvida que o trabalho intenso realizado além-mar lembra um pouco as grandes polémicas que, no fim do século passado e no início do nosso, surgiram em torno da elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, quando Rui Barbosa se opunha a um Código feito às pressas, a “*um Código já e já*”, como o desejava Campos Sales. Entendia, na época, a opinião pública então dominante que o Código devia ser um verdadeiro monumento, refletindo o nível intelectual da nacionalidade e constituindo uma cristalização da nossa cultura jurídica.

A primeira lição a extrair do exemplo das legislações portuguesas e brasileiras é a democratização da elaboração legislativa, que não pode ser o resultado das elucubrações de alguns juristas de talento nos seus gabinetes, mas deve representar a *communis opinio* o sentimento popular, o *volksgeist* a que se referia Savigny, contando com a colaboração de todos os que vivem e constroem o direito.

Se é verdadeira a lição de CRUET, de acordo com o qual geralmente é mais fácil a sociedade mudar a lei que a lei mudar a sociedade, não é menos evidente

que, muitas vezes, os Códigos são instrumentos hábeis para transformar a fisionomia econômica e social de um país. No exemplo brasileiro, bastaria lembrar as consequências de normas como os referentes ao plano nacional de habitação e ao mercado de capital, para reconhecer a importância da legislação, como eventual catalisador do progresso nacional.

Tecnicamente, não discrepa muito o Código Português dos nossos dois Códigos Brasileiros (1916 e 2002) e do próprio Código Alemão, embora tenha integrado na parte geral as normas que geralmente constituem a lei de introdução. Embora discutível a posição assumida no particular pelo Código português, como bem o assinalou o Prof. José Saraiva, em conferências que proferiu no Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados de Lisboa, depois publicada sob o título de “*Apostilha Crítica ao Projeto de Código Civil Português*”, a posição do legislador tem a sua explicação. Entende Saraiva que haveria, no caso, uma opção entre elaborar uma lei especial de introdução ou tratar da matéria no Código Civil, mas, no caso de aceitar a segunda hipótese, não poderia o legislador fixar, dentro do próprio Código Civil, normas aplicáveis a outros ramos do direito, inclusive no tocante, por exemplo, ao direito penal. Os projetistas do Código português lembram que “*o Código Civil constitui não só o repositório específico de toda a legislação civil, mas a matriz natural de todo o direito privado disperso por variadíssimos diplomas, desde o Código Comercial, às leis do trabalho e dos direitos do autor até aos Códigos do Registro Civil, Predial e do Notariado; e que, nesses termos, mal se poderia conceber que nele se não fizesse alusão às fontes do direito privado, ou se não definissem as regras que, dentro deste amplo e qualificado setor, presidem à interpretação e aplicação das leis*”.

A importância dos aspectos sociais e desenvolvimentistas foi enfatizada tanto no Código Português quanto no Brasileiro. Miguel Reale salientou que:

“Estou convencido de que a superação da crise capitalista depende tanto de providências econômicas quanto de determinações éticas e políticas, a fim de que não se assista ao drama de um mundo no qual cada novo progresso tecnológico importa em redução nos postos de trabalho, como fria e inexorável consequência da redução do número das máquinas indispensáveis à produção.”^[7]

7. REALE, Miguel. *Crise do Capitalismo e crise do Estado*. São Paulo: Senac, 2000, p. 15.

No campo da interpretação, receou o codificador português dar excessiva amplitude aos critérios e processos sociológicos, que, muitas vezes, liberam as disposições legais dos motivos que os inspiraram para melhor integrá-los dentro de um sistema de vida, atendendo às necessidades sociais do momento. Embora não confundisse o codificador e a *mens legislatoris* com a *mens legis*, deu preponderância na interpretação da lei ao processo histórico e às circunstâncias que cercaram a *occasio legis*, assim como aos trabalhos preliminares e preparatórios do texto legal. Optando por um critério que revela a preocupação autoritária do legislador, esclareceu que *“assim, se, em si mesma considerada, a lei é equívoca ou ambígua, porque comporta dois ou mais sentidos, mas não lhe faltam, nos estudos preliminares do respectivo projeto ou no próprio relatório do diploma, indicações seguras sobre qual delas exprime o pensamento do legislador, é de harmonia com esse entendimento que a norma deve ser aplicada”*.

Admite, todavia, o Código que se a *mens legislatoris* não estiver, de modo algum, caracterizada no texto legal, possa o intérprete dela se liberar e então *“essa vontade (do legislador) terá de ceder perante o sentido que os destinatários podem tirar da lei”*.

O art. 9º do Código Português, que trata dos processos de hermenêutica, merece, pois, um estudo mais minucioso, pois nele encontramos todas as dificuldades da exegese e nele tentou o legislador português estabelecer um equilíbrio entre a vontade do Estado que se revela na lei, o bom senso do intérprete e seu modo de encarar, as necessidades sociais do momento e a própria evolução dos costumes que, muitas vezes, acaba dando à lei um sentido diferente daquele que tivera no momento da sua elaboração, como aconteceu, por exemplo, com as disposições do Código Napoleão referentes à responsabilidade civil e das quais se extraiu *a posteriori* as fórmulas da responsabilidade presumida e da responsabilidade pelo fato da coisa.

Admitiu assim, o Código português a fórmula do direito suíço, que também é a do direito brasileiro, no sentido de dar ao juiz poderes amplos para criar a norma, no caso de lacuna, recorrendo às diretrizes do sistema jurídico para assegurar o desenvolvimento.

Há, no caso, uma delegação construtiva feita em favor do magistrado e uma limitação oportuna à construção jurisprudencial. Deverá ser sempre feita dentro do espírito do sistema, ou seja, no fundo, baseada nos princípios gerais induzidos do sistema e aplicáveis, por dedução, ao caso concreto, para assegurar a igualdade e o progresso.

O crédito de confiança aberto ao juiz se manifesta em diversos outros institutos regulados no Código português, com a finalidade de arejar o sistema e de permitir a sua evolução construtiva diante da modificação eventual das condições técnicas e sociais num mundo que evolui num ritmo cuja aceleração obedece a progressões geométricas. Lembrou-se no particular, o codificador português que somente o trabalho construtivo da jurisprudência é que permitiu a sobrevivência do Código Napoleão, já decorridos 218 anos da sua promulgação, numa fase conturbada da revolução industrial, social e política e da modificação das próprias ideologias e escalas de valores. Admitiu, assim, o Código atual, uma ampla delegação aos magistrados, dando elasticidade às normas e permitindo que o prudente arbítrio do juiz inspirasse sempre soluções equitativas.

Assim, no preceito que fixa a anulabilidade dos negócios usuários (art. 28), na norma que define o abuso de direito (art. 334), no artigo que se refere à teoria da imprevisão (art. 437), na revisão da renda do arrendamento urbano (art. 1.070) e na decretação da separação entre os cônjuges, quando requerido o divórcio (art. 1.794), a lei conferiu ao magistrado poderes amplos para a solução das controvérsias, dentro de critérios maleáveis.

Efetivamente, numa sociedade em evolução constante, a norma não mais pode sofrer uma aplicação mecânica, sob pena de se tornar obsoleta e, portanto, injusta, e acabar sendo revogada pelo desuso, com a devida vênua de alguns dogmatistas que não admitem tal forma de desaparecimento da norma jurídica.

A experiência brasileira, no particular, tem sido feliz e as normas, cuja aplicação dependem do prudente arbítrio do juiz, têm dado margem a

poucos abusos por parte do Poder Judiciário, que tem sabido corresponder às responsabilidades que lhe foram confiadas.

Por outro lado, uma certa liberdade concedida à magistratura para adaptar as leis às novas circunstâncias, é condição essencial para a sobrevivência de um sistema legislativo. *“Só assim (reconheceu o legislador português) o edifício legislativo disporá das janelas por onde possam circular as lufadas de ar fresco com que a filosofia, a religião e a moral renovam de tempos a tempos o ambiente pesado da vida social”*.

É ainda louvável o Código português nos referidos casos em que atribui poderes amplos ao juiz, pois não o faz sem indicar os critérios dentro dos quais deve atuar o magistrado e os limites que encontra em relação à sua atividade. Se formos analisar os artigos relativos aos negócios usurários e ao abuso de direito, por exemplo, não encontraremos um cheque em branco, mas uma abertura de crédito condicional e limitada. O juiz tem um poder discricionário desde que verificada a ocorrência de certas condições básicas e observados determinados requisitos que constam da própria lei. A interpretação do negócio usurário não fica na exclusiva dependência da formação pessoal e subjetiva do juiz. Ao contrário, depende sempre da verificação de haver, no caso concreto, alguém que se aproveita da situação de necessidade, de inexperiência, de dependência ou deficiência psíquica de outrem, obtendo, para si ou para terceiros, a promessa ou concessão de benefícios manifestamente excessivos ou injustificados (art. 282).

Do mesmo modo, em relação ao abuso de direito, não se contentou o legislador português com a fórmula de reconhecimento implícito de sua existência, que encontramos no art. 188 do nosso Código Civil de 2002, onde a alusão ao exercício regular do direito implica na decorrente condenação do exercício irregular, que seria o abuso. Conceituou o Código português, no seu art. 334, o abuso de direito esclarecendo que:

“É ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Consideramos muito oportuna a relação assim estabelecida entre o abuso do direito e a boa-fé, dando uma conotação nova ao instituto e alargando, assim, o seu âmbito de ação.

Também a prudência do legislador português se fez sentir quando exigiu que o abuso se apresentasse como um excesso manifesto - diz a lei: “quando o titular exceda manifestamente” - significando, na palavra dos seus intérpretes, que não é qualquer violação dos princípios básicos da boa-fé e das finalidades sociais que deve ser considerada necessariamente abusiva. Ainda é preciso que a violação se apresente como manifesta, indiscutível, franca, clara, inequívoca, lembrando uma terminologia que nos é familiar em relação ao mandado de segurança. Quis assim evitar o Código a intervenção indiscriminada do Judiciário nas relações jurídicas entre particulares, protegendo uma zona cinzenta ou uma faixa contígua, em que o aspecto subjetivo predomina e na qual se não mais estamos dentro dos moldes rígidos do direito, ainda não se configura manifestamente o abuso.

É evidente a importância da conceituação do abuso de direito e os seus reflexos são incalculáveis no campo do Direito das Coisas e do Direito das Obrigações e até no Direito de Família. Não há dúvida que o direito de propriedade passou a ter novas dimensões após a elaboração do conceito de abuso de direito. Ocorreu evolução idêntica com o próprio contrato, que deixou de ser apenas a emanção do princípio da autonomia da vontade para sofrer importantes restrições decorrentes da ordem pública, dos bons costumes e da boa-fé, que foram colorindo, cada vez mais, o Direito das Obrigações, tornando hoje numerosas normas de caráter imperativo, quando, ainda no século passado e mesmo na versão originária do nosso Código Civil, eram geralmente normas dispositivas ou supletivas.

Quisemos assinalar a posição filosófica e social em que o diploma se coloca, pretendendo conciliar as novas ideias sociais com a proteção dos direitos individuais, renovando sem ruptura, criando novos institutos sem ferir as instituições tradicionais, encontrando ou procurando fixar sempre uma posição equidistante, serena, conservadora sem ser misonéista, reformadora

sem radicalismo. Não entendeu o legislador português como Maurício Maeterlink, que o grande trabalho na vida é o da destruição. Só destruiu para reconstruir quando sentiu que podia reconstruir melhor. Só modificou aquilo que não mais representava as aspirações nacionais e foi prudente nas reformas. Não pretendeu apresentar um documento que servisse de modelo para o mundo, mas, sim, um instrumento eficiente de prevenção e solução de conflitos para a sociedade portuguesa. Preferiu a perfeição dogmática e a absoluta coerência lógica a um sistema de transação num mundo e numa sociedade que atravessam uma fase de transição no plano econômico, social e político.

Em comentário publicado na *Revue Internationale de Droit Comparé*, o Prof. Jean Lisbonne esclarece que o Código não inovou tanto quanto desejavam alguns juristas lusitanos, mas não se pode negar as suas qualidades de coerência e a oportunidade da nova codificação (*Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. I, 1968, pág. 98).

O Código de 1867 envelhecera muito e a sociedade portuguesa exigia uma nova moldura para as suas relações jurídicas, especialmente num momento de desenvolvimento industrial e de crescimento capitalista. Não só a sociedade se transformara, mas as próprias ideologias sofreram grandes modificações, intensificando-se o sopro de solidarismo, que foi vinculando os homens numa mesma comunidade e os países no plano internacional reunindo-os num só mundo, como afirmar Wendell Wilkie.

Reconheceu-se assim que “*se a codificação levada a bom termo pelos homens de 1867 representa, no plano jurídico, a definitiva transição de uma sociedade feudal, de feição acentuatadamente monástica e senhorial para uma economia burguesa de vincada expressão liberal; com igual fundamento se pode asseverar que o novo diploma legislativo (de 1867) marca, no vasto setor do direito privado, a viragem decisiva do liberalismo individualista e do racionalismo naturalista para uma concepção orgânica da sociedade civil, que, respeitando os direitos inalienáveis da pessoa humana, afirma deliberadamente a supremacia do bem comum sobre os puros interesses dos indivíduos ou sobre as meras conveniências dos grupos*”.

Não é muito diferente a posição social e filosófica assumida pelo Código Civil brasileiro.

Esta identidade de posição sociológica e histórica, existente entre o Código Português e os Códigos brasileiros, justifica uma atenção maior por parte dos nossos juristas em relação ao diploma lusitano. Havia, efetivamente, uma certa analogia de fundo entre o Código português do Visconde de Seabra e o brasileiro de 1916. Mas, incontestavelmente, o Brasil do fim do século XIX não se distanciava muito do Portugal de 1867 e eram idênticas as tradições de ambos os países, inspiradas nas Ordenações. Revelaram, ambos os Códigos, um liberalismo vigoroso com algumas tintas de solidarismo no Código Civil brasileiro, que então representava menos as angústias das nossas elites e do nosso povo, do que as preocupações então existentes na literatura jurídica alemã e francesa, introduzidas e contempladas nos Códigos Brasileiros de 1916 e 2002, por Clóvis Bevilacqua por Miguel Reale. Hoje, Portugal e Brasil reformaram as suas legislações no campo do direito privado, inspirando-se nos mesmos moldes técnicos que ainda são os do B.G.B. e do Código Civil italiano, apresentando, ambos os países, situações econômicas e sociais com certas analogias, de modo que o estudo crítico e construtivo da legislação estrangeira não deixa de ser um justo pretexto para a comparação das soluções alienígenas com as apresentadas nos projetos brasileiros de codificação.

Assim, tanto o Código Civil português como o brasileiro de 2002 se apresentam como um dos melhores monumentos legislativos, o primeiro da segunda metade do século XX e o segundo do início do século XXI. Fruto da estabilidade política e de uma mobilização de todas as forças culturais do país, os dois Códigos representam certamente a consolidação do desenvolvimento na época de sua elaboração com algumas aberturas para o futuro.

Acontece que nos últimos 30 anos tivemos uma aceleração do ritmo do desenvolvimento, com uma verdadeira ruptura com o passado no plano social, econômico e jurídico. Numerosas leis e regulamentações fizeram um esforço para atualizar o direito, mas há novas exigências para atender o desenvolvimento dos dois países em várias esferas tecnológicas, do mercado de capitais e imobiliário, além de muitos outros.

Resta saber qual a solução que amos os países podem e devem dar ao problema da codificação diante de uma verdadeira “terceira revolução industrial”.

É preciso conciliar a premente necessidade de nova legislação com o amadurecimento dos projetos e a discussão dos mesmos pela opinião pública, com a sua progressiva assimilação e absorção pelos meios jurídicos. É certo que, quanto a alguns projetos, a urgência se apresenta maior e as questões polêmicas são mais limitadas, facilitando a sua remessa, desde logo, ao Congresso Nacional e a sua rápida aprovação.

4. O Desenvolvimento no século XXI

O século XXI pode ser definido como o da desconstrução, expressão usada pelo economista Joseph Schumpeter^[8], em oposição à evolução criadora estudada por Henri Bergson^[9] e cuja aplicação foi ampliada por Jacques Derrida^[10] e Luc Ferry^[11]. Dos dois últimos, o primeiro trata da matéria em relação ao Direito, para reconstruí-lo. O segundo trata da *innovation destructrice* que ensejara um declínio ou uma reformulação do capitalismo. Seguem o mesmo caminho, Philippe Aghion, Céline Antonin e Simon Bunel, em obra recente dedicada a inovação destrutiva no século XXI, como sendo “*o processo pelo qual as inovações se produzem de uma forma contínua e tornam obsoletas as tecnologias existentes, novas empresas vêm constantemente concorrer com as instaladas, e novos postos de trabalho e atividades são criados e vêm, sem cessar, substituir postos de trabalho e atividade existentes. A destruição criadora é esse motor do capitalismo que assegura a renovação permanente e a reprodução deste, mas que, ao mesmo tempo, gera um risco e perturbações que é necessário saber regular e orientar*”^[12], e concluem comparando

8. SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism, and democracy*. New York: Harper & Brothers, 1950, Chapter VII – “*The Process of Creative Destruction*”.

9. BERGSON, Henri. *L'évolution créatrice*. Paris: Presses Universitaires de France, 1948.

10. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

11. FERRY, Luc. *L'innovation Destructrice*. Paris: Plon, 2014.

12. AGHION, Philippe; ANTONIN, Céline; BUNEL, Simon. *O poder da destruição criadora: inovação, crescimento e o futuro do capitalismo*. Lisboa: Temas e Debates. Circulo de Leitores, 2021, p. 23.

o capitalismo com “*um cavalo feroso: pode embalar com facilidade, escapando a todo e qualquer controle, mas, se segurarmos as rédeas com firmeza, então ele irá para onde queremos que vá*”¹³. Defendem um capitalismo regulado que permita manter uma sociedade próspera, pacífica e um planeta indemne.

As grandes transformações técnicas, sociais e políticas do nosso século deram novo alento ao desenvolvimento com a internet, os carros elétricos, o direito colaborativo e ultimamente as repercussões da guerra da Ucrânia. Discutiram-se as repercussões positivas ou negativas do progresso sobre a sociedade dividindo-se os analistas entre otimistas e pessimistas. Os primeiros prevêm que o homem poderá controlar a máquina e que saberá manter a democracia, consideram que a tecnologia permitirá a solução de todos problemas, evitando tanto a miséria quanto a guerra e as catástrofes climáticas. Assim, a evolução da tecnologia garantiria libertação do indivíduo dos constrangimentos que atualmente sofre. Asseguraria a liberdade financeira, a saúde, uma informação ampla, a gratuidade da maioria dos serviços, que dariam ao indivíduo do século XXI, uma plena autonomia gerando a sua felicidade completa.

Ao contrário, devemos superar as previsões nefastas de Aldous Huxley (*Admirável mundo novo*) e de George Orwell (*1984*), que receiam um futuro infernal em virtude das guerras, das epidemias, do desemprego e do declínio das civilizações nos levam ao pessimismo.

Pergunta-se como deverá se concretizar a nova fase da história do direito do desenvolvimento, com tantas dificuldades, mas também com tantos progressos.

O direito do desenvolvimento se encontra numa encruzilhada entre os autores que reconhecem o declínio do capitalismo e do direito e os escritores que têm a esperança de renovação de ambos.

Trata-se agora de encontrar um equilíbrio que só pode ser alcançado por uma boa regulação e uma adequada *Compliance*.

13. *Op. cit.*, p. 498.

É uma nova fase do direito do desenvolvimento que tem como lema as iniciais ESG, em português ASG (Ambiental, Social e Governança).

É o caminho que estão seguindo o Brasil e Portugal.

5. A Crise e o Compliance

Como reação oportuna ao desenvolvimento técnico e ao seu direito, surgiram a regulação e o *compliance*, que asseguram o bom funcionamento do regime legal vigente. É uma auto-regulação do sistema para garantir o bom funcionamento das instituições e evitar as distorções que se multiplicaram nas empresas e na conduta do cidadão. O *compliance* tem sido definido como “conjunto de processos internos estabelecidos para adaptar o comportamento empresarial, combatendo tanto a corrupção como as demais ilegalidades e irregularidades”. No fundo trata-se de extinguir um regime de práticas de tolerância em relação à lei, que se pode denominar como sendo de “condescendência”^[14] ou até de jeitinho^[15] com todas as suas matizes.

6. Conclusão

Quero encerrar o meu artigo citando um estadista inglês numa frase que pronunciou em 1942, numa fase parecida com a que atravessamos agora. Era um período que se seguiu ao quase desespero, e antecedeu de pouco a uma reversão de expectativas. A Inglaterra e os Estados Unidos tinham sofrido, sucessivamente, o bombardeio de Londres e a derrota de Pearl Harbor, mas já havia a esperança do desembarque dos aliados na África e na Europa, que levaria à vitória final. Foi quando Winston Churchill afirmou que: “*This is not the end. It is not even the beginning of the end. But it is, perhaps, the end of the beginning*”^[16].

14. GIAMBIAGI, Fabio; SCHWARTSMAN, Alexandre. *Complacência: entenda por que o Brasil cresce menos do que pode*. São Paulo: Campus, 2014.

15. ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

16. A analogia entre os dois momentos históricos para a história da civilização foi lembrada por BILL GATES, “*LEARNING TO FIGHT THE NEXT PANDEMIC*”, ARTIGO PUBLICADO NA REVISTA *THE ECONOMIST*, DE 25.4.2020, P. 73.

É o que esperamos que aconteça muito breve com o fim da crise e início da concretização de esperança dos juristas dos nossos dois países e do mundo, uma nova fase do desenvolvimento do direito.

Cabe-nos agora contribuir, com imaginação e coragem, para a atualização e reconstrução da nossa legislação, a fim de implementar uma regulação eficiente que sustente a liberdade e fortaleça o *compliance*, adotando um pragmatismo ético. Como ensina Henri Bergson, numa frase que se aplica ao nosso esforço para o desenvolvimento: “*o futuro não é o que nos vai acontecer, mas sim o que vamos fazer*”, para assegurar o progresso e a justiça como finalidades da cultura luso-brasileira.

Desenvolvimento da Sociedade Globalizada

DEVELOPMENT OF THE GLOBAL SOCIETY


Cláudio Gômara de Oliveira

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e especialista em Direito de Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Formado em publicidade pela Escola Superior de Propaganda e Marketing - ESPM.

Advogado inscrito na OAB/SP sob nº 22.731 e sócio da GÔMARA DE OLIVEIRA, SOCIEDADE DE ADVOGADOS inscrita na OAB/SP sob nº 1.881.

Sumário

1. Introdução.
 2. Território.
 3. Ensino de Direito.
 4. Constituição Federal.
 5. Advocacia.
 6. País.
 7. Desenvolvimento.
 8. Economia.
 9. Legislação.
 10. Exportações.
 11. Encerramento.
- 

Resumo

Esse artigo foi feito para divulgar conhecimento sobre o Brasil para todos os países de língua portuguesa que estão bem espalhados ao redor do mundo.

Descreve a formação do território, uma breve História e o desenvolvimento geral do país com ênfase especial nos aspectos econômicos.

Informa também sobre a sua participação global, com o objetivo de estimular os países de língua portuguesa a cooperarem uns com os outros, compartilhando seus interesses comuns e planos futuros.

Palavras-chave: Integração; Conhecimento; Independência; Direito; Brasil.

Abstract

This article was made to divulge knowledge about Brazil to all the Portuguese speaking countries well spread around the world.

It tells about the formation of the territory, brief History and the general development of the country with special emphasis on economy aspects.

It also gives information about its global participation, aiming to stimulate all the Portuguese speaking countries to cooperate with each other, sharing their common interests and future plans.

Keywords: Integration; Knowledge; Independence; Law; Brazil.

1. Introdução

Antes de entrar no tema quanto ao desenvolvimento da sociedade globalizada, há uma colocação inicial que visaria o incentivo ao relacionamento mais próximo dos países que compõe os de língua portuguesa, trazendo dados e até curiosidades de nossa nação, e de certo modo seguir os princípios de nossa entidade para haver melhor entrosamento entre estes países de língua portuguesa.

De pronto menciona-se o dia nacional de 07 de setembro de 2022, quando se comemorou duzentos (200) anos da independência brasileira com o comparecimento do presidente português na solenidade, portanto, sendo este o ponto de partida para discorrer sobre o desenvolvimento desta sociedade em direção à globalizada, trazendo uma exposição para dentro de nossa entidade, visando um incentivo mais próximo entre os demais países de mesma língua com a sociedade brasileira, como ainda poderá também nascer uma reciprocidade no mesmo sentido pelos demais países, tendo como foco o desenvolvimento social de cada um, afastando assim um pouco do contato direto com Portugal, para abrir espaço saudável e cultural entre os países colonizados.

Desta forma, há o direcionamento não só para interagir com os membros que compõem a Federação, como sua integração, o que naturalmente nesse contexto não visaria os brasileiros ou os portugueses, mas tantas outras nações que compõem o mundo lusófilo.

Assim se procura trazer atos e fatos da realidade da República Federativa do Brasil, pouco distante de melhor conhecimento jurídico, para o que constitui o caminho de integração de países que falam português, tão espalhados no mundo. Para atingir a globalização começaria com o conhecimento estrutural

e institucional de cada país, sem qualquer pretensão de restringir o que se pode juntar para descobrir melhor as características entre os que compõem nossa entidade, onde poderá até ser motivo de boa surpresa ao demonstrar as identidades comuns, as globalizadas, além das regionais próprias de cada um, partindo aqui pela comunicação do que representa nosso país.

Aliás a ligação foi direcionada para cada país colonizado por Portugal, restando o melhor conhecimento dos demais entre os países integrantes da FA-LP, de tal forma que a sede da entidade em Lisboa está na posição ideal para unir e criar a possibilidade de melhor identidade entre todos.

Neste sentido apresentam-se dados interessantes para conhecimento resumido do que hoje representa e representou o país, expondo naturalmente como sugestão o que está presente na divulgação eletrônica. Trata-se de simples análise brasileira, entendendo que todos tem contato direto com Portugal. No entanto, espera-se contudo se espera a geração da possibilidade de conhecer a realidade de nossa profissão, organização judiciária, cultura, e assim por diante, apontando para abrir uma porta de conhecimento da experiência do exercício da advocacia nestes países, e de como poderia beneficiar a todos.

2. Território

Vai-se começar pelo ponto de destaque do que representa a imensidão territorial brasileira até os dias de hoje, pois estaria anteriormente limitada ao Tratado de Tordesilhas (1494) entre Portugal e Espanha, antes do descobrimento, criando a linha do ajuste que fixava para Portugal o que seria o litoral da costa brasileira.

Acontece que houve um aumento substancial da dimensão territorial do país, quando os países ibéricos (1580) tiveram o mesmo rei, em Portugal como Philippe I e na Espanha como Felipe II, quando surgiram as chamadas bandeiras ou entradas, estas de cunho oficial, que seriam expedições para desbravar os sertões em busca de pedras preciosas e de ouro, e de escravizar índios. Entretanto como era o mesmo rei, o tratado

não mais foi cumprido, passando os portugueses para além do território fixado em direção aos sertões.

Desde então estes colonos se deslocaram para o interior do território brasileiro, passando na região que atualmente corresponde aos Estados de Goiás, Mato Grosso e Minas Gerais, sendo que ainda os portugueses, em 1680, seguiram para o sul e fundaram a Colônia de Sacramento (Uruguai), que, depois, foi entregue à Espanha através do Tratado de Utrecht.

Outro fato de consolidação da unidade do território nacional foi a vinda da rainha de Portugal, D. Maria I (1807). Devido às invasões napoleônicas, foi transferido a corte de Portugal para a cidade do Rio de Janeiro/Brasil, passando a existir um reino europeu na América, mantendo a integridade territorial, apesar de pequenas revoltas.

Aliás as fronteiras brasileiras atualmente estão muito bem definidas e demarcadas sem área contestada, tanto que já foram objeto de diversos arbitramentos internacionais.

Com a Corte no Rio de Janeiro, fatos importantes aconteceram, como a geração do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, passando a não ser mais colônia, o nascimento da futura rainha de Portugal, D. Maria II, e a morte da rainha D. Maria I, tornando seu filho rei, D. João VI. Posteriormente o filho deste, D. Pedro I declara a independência, passando a ser o imperador.

Em recente obra de Paulo Rezzutti: *“INDEPENDÊNCIA História não contada”*, escreveu a repercussão da independência em Angola, como: *“os deputados às Cortes dessa possessão portuguesa haviam decidido aderir ao governo de d. Pedro, em junho, quando fizeram uma escala no Rio de Janeiro a caminho de Lisboa. Em vez de seguir viagem, ficaram na cidade, com a intenção de enviar delegados à Constituinte convocada pelo regente. Seu argumento era o de que a posição geográfica angolana e as relações comerciais entre os dois países, que incluíam o tráfico de escravizados, tornavam mais interessante ao território africano permanecer subordinado ao Brasil”*.^[1]

1. REZZUTTI, Paulo. *INDEPENDÊNCIA História não contada*, pág. 207, São Paulo, 2022

Interessante que estes dois fatos outorgaram ao país sua dimensão e a unidade, tanto que se menciona como curiosidade, que o governador (na época chamado de presidente) do Estado do Mato Grosso para chegar na capital de seu país (Rio de Janeiro) no começo do século XX, iniciava a viagem por via fluvial, saindo de Cuiabá para passar nos países: Paraguai, Argentina e Uruguai, áreas que agora são instrumentos para desenvolver a globalização através da navegação.

A área territorial faz com que esse país seja o quinto maior do mundo, atrás somente de Rússia, Canadá, China e Estados Unidos, caracterizando-se como um país com dimensões continentais, uma vez que o tamanho de sua área é muito próximo ao de um continente como a Oceania, ocupando boa parte da porção sul do continente americano.

De acordo com a publicação oficial em março de 2021, o Brasil tem área calculada de 8.510.345,538 km², possuindo a costa uma extensão aproximada de 10.000 km banhada pelo Oceano Atlântico, tendo extensão em sua latitude como longitude, apresentando quatro fusos-horários.

Os aspectos físicos do Brasil indicam a presença de três principais formas de relevo: as planícies, os planaltos e as depressões relativas, não havendo depressões absolutas (abaixo do nível do mar) nem montanhas, apenas serras, e o ponto mais alto do país, Pico da Neblina, que possui uma altitude de 2.994 metros acima do nível do mar.

Em geral, essas características são resultantes do fato de o relevo brasileiro ser geologicamente antigo, e também por não se encontrar nas áreas de encontro entre duas placas tectônicas, o que explica a não ocorrência de vulcões e de grandes e frequentes terremotos, abrigando apenas dois tipos de províncias geológicas: as bacias sedimentares e os crátons (plataformas continentais e escudos cristalinos).

Uma característica marcante do país em termos naturais é a grande diversidade em termos de fauna e flora, existindo uma grande variedade de florestas, classificadas em seis grupos principais (amazônica, cerrado, mata

atlântica, caatinga, araucárias e pampa) e três residuais (pantanal, mata de cocais e os manguezais), com grande número de espécies de animais, para destacar, o que o classifica como o território de maior biodiversidade do planeta, além da complexidade cultural também representada pela grande miscigenação étnica existente, muito embora existam, em grande escala, problemas concernentes à intolerância e ao preconceito.

Considerado com zonas térmicas, o país possui boa parte da sua extensão na Zona Tropical, entre os trópicos de Capricórnio e de Câncer, e uma porção pequena na Zona Temperada, estando localizado em uma área estável tectonicamente e possui a maior rede fluvial do planeta, sendo constituído por planaltos, planícies e depressões. O clima no país é predominantemente quente e úmido, caracteriza-se por ser tropical e pelas subdivisões: subtropical, semiárido e equatorial, possuindo a maior rede fluvial do planeta. No início, a fonte de recursos explorados foi na região litorânea chamada Mata Atlântica, especialmente o pau-brasil,, que deu origem ao nome do país, seguindo a exploração através do cultivo de cana-de-açúcar.

No total, o país ocupa 47% da América do Sul com a população brasileira, apresentando estimativas recentes divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de uma população estimada de 211.755.692 habitantes, com as taxas de crescimento demográfico baixas atualmente, havendo a possibilidade de nas próximas décadas, ser ultrapassado por Paquistão e Nigéria.

3. Ensino de Direito

Quanto ao ensino de direito, nos tempos de colônia os bacharéis eram formados pela Faculdade de Direito de Coimbra, porém com a independência do país, houve a criação dos cursos jurídicos em 11 de agosto de 1827 pela Assembleia Nacional confirmada pelo Imperador Dom Pedro I (depois Dom Pedro IV de Portugal), consistindo na criação de duas Faculdades de Direito, uma na cidade de Olinda no Estado de Pernambuco, situada no Mosteiro Beneditino, tendo sido transferida depois para a cidade Recife, e a outra em

São Paulo no Convento Franciscano, agora pertencente a Universidade de São Paulo, chamada de “*São Francisco*” ou “*Sanfran*”.

Embora tenham nas colônias espanholas, diversas universidades iniciadas no princípio da colonização, como a de Lima, Santo Domingo, cidade do México, Córdoba e Buenos Aires, a colonização portuguesa não seguiu este caminho, tanto que até em Portugal as universidades demoraram a ser criadas. Exceção feita à universidade que existia em Macau, e que foi fechada com a expulsão dos jesuítas, durante a época pombalina.

4. Constituição Federal

Aliás a primeira Constituição brasileira foi de 1824, no império, quando D. Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte em 1823, e impôs seu próprio projeto apoiado pelo Partido Português, constituído por ricos comerciantes portugueses e altos funcionários públicos, sendo que entre as principais medidas dessa Constituição, destaca-se o fortalecimento do poder pessoal do imperador, com a criação do Poder Moderador, que estava acima dos Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo essa Constituição a duração mais longa na história do país até a proclamação da república (1889, passando por mais seis (6), sendo a última de 1988.

5. Advocacia

Para atingir a profissão de advogado, primeiro cursa-se a Faculdade de Direito de cinco anos, formando-se bacharel, para poder prestar a prova de admissão na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), criada pelo **Decreto 19.408** de 18 de novembro de 1930. Após a aprovação através de exames em um dos vinte e seis Estados do país ou no Distrito Federal (capital do país), deve, então, realizar a inscrição, submetendo à fiscalização da atividade profissional, como Código de Ética, podendo participar de cursos, atualizações e facilidades para o exercício da advocacia, com benefícios de seguro, plano de saúde e defesa de direitos decorrentes da profissão. O número de inscrição na OAB será por Estado,

embora a OAB tenha sede em Brasília com diretoria eleita pelos representantes dos Estados e do Distrito Federal. Este exame da ordem ou da habilitação se justifica pelo grande número de faculdades no país, pois absurdamente ultrapassa o total de faculdades de direito de todo o mundo. Como suporte ao profissional existem várias entidades de admissão voluntária aos advogados nos diversos ramos do direito, que começaram a existir bem antes da criação da OAB de inscrição obrigatória, sendo a primeira chamado na época de Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros de 1843 (IAB) sem cunho oficial.

6. País

Na capital do país, situa-se a sede dos três poderes, o executivo representado pelo Presidente, o legislativo pela Câmara do Deputados e Senado Federal, além do judiciário com seu órgão principal e constitucional, Supremo Tribunal Federal composto de onze juízes, chamados de Ministros, nomeados pelo presidente da república, devendo possuir reputação ilibada e notório saber jurídico. Estão também com sede em Brasília os demais Tribunais Superiores direcionados em matérias especializadas: como o Trabalho, Eleitoral, Federal (Superior de Justiça para matéria infraconstitucional) e o Militar, existindo ainda a Justiça de cada Estado para os litígios não especializados.

7. Legislação

Para a situação atual com reflexos na globalização passa-se para as consequências decorrentes da pandemia, destacando principalmente as normas, as quais foram direcionadas para a proteção ao empregado, concomitantemente com o equilíbrio financeiro ao empresário, o que gerou o nascimento da possibilidade de suspensão do contrato de trabalho por tempo limitado, recebimento do benefício emergencial, bem como a forma de mais opções flexíveis para pagamento de férias e de salários, e assim por diante.

Destaca-se a fixação no home-office, que se tornou rotina nas relações trabalhistas, consolidando sua permanência, especialmente para a prestação

de serviço em qualquer lugar. A legislação trabalhista pela reforma de 2017 já apresentava o semelhante teletrabalho, que seria o trabalho, também exercido fora das dependências do empregador, mas sem controle, especialmente de horário, ao contrário do home-office que tem regras mais definidas.

Assim houve alteração de forma direta na rotina, especialmente no que se refere aos serviços, para as funções que não necessitam da presença física em determinado local. Isto gerou e deu continuidade à redução dos custos de ocupação do imóvel, transporte, refeição, incluindo a energia.

Por outro lado, também foram atingidas as atividades setoriais como cultural e profissional, especialmente em congressos internacionais e seminários de estudos por ser de modo virtual, aparecendo a oportunidade de exposições de professores e especialistas de diversos lugares com especialidades específicas, que pelos mais diversos motivos não poderiam comparecer nestes eventos, para participar de reuniões, globalizando a cultura e a própria profissionalização.

A estatística brasileira informa que já houve o retorno ao índice de desemprego anterior à pandemia, visto que há e sempre houve empregos para uma mão de obra mais qualificada, os quais não foram preenchidos antes, durante e até agora.

8. Economia

Observe-se que mudança de costumes deve continuar após a pandemia, como o comércio através das vendas online, reduzindo os custos de local e seus encargos financeiros e fiscais, incluindo os restaurantes com crescimento nas entregas domiciliares, entretenimento online, e otimização do trabalho remoto com menor custo de deslocamento.

Quando à saúde, a sociedade seguirá com procedimentos para controle das doenças com a continuidade da vacinação. Para várias doenças existem campanhas de vacinação especialmente para crianças, utilizando os procedimentos globais, incluindo de alerta e prevenção de enfermidades.

Agora crescem-se os custos operacionais elevados para as nações, até pela guerra entre Rússia e Ucrânia, registrando que o país possui uma colônia expressiva de ucranianos estabelecida no sul do Estado do Paraná desde o século XIX ao lado da colônia polonesa.

Quanto aos aspectos econômicos, destaca-se o fato de o país possuir um dos maiores PIBs (Produto Interno Bruto) do mundo, com US\$ 2,2 trilhões, entretanto seu PIB per capita, que é o valor dividido pela população, é menor do que em uma grande quantidade de países. A economia brasileira é caracterizada como de perfil subdesenvolvido emergente, compondo o grupo de países que, eventualmente, podem apresentar um maior grau de desenvolvimento. Faz parte do grupo das economias em desenvolvimento altamente industrializadas, embora a maior parte dessas indústrias consiste em empresas estrangeiras.

9. Desenvolvimento

Interessantes são os dados da Confederação Nacional das Indústrias (CNI) que indicam que o crescimento deve ser mais lento. Entretanto, haverá mais espaço para crescer com estímulos monetários, dependendo do que acontecer nos demais países, especialmente os europeus em relação à desvalorização da moeda.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS (CNI) dados do site da Confederação.

A queda dos indicadores econômicos e ainda as novas práticas para consumo da população inverteram a matriz econômica do Brasil, como para os demais países, tanto que o cenário deu início ao chamado novo normal, onde houve uma grande inversão de hábitos dos brasileiros, especialmente com o consumo e o trabalho home-office.

Negócios pautados em plataformas digitais, por exemplo, ganharam espaço e continuarão crescendo de forma sustentável com o aumento do consumo de produtos de cuidados com saúde, e a redução do consumo de bens

designados como não essenciais, os quais também foram fatores relevantes ao longo deste período pandêmico, o que deve continuar em toda a sociedade globalizada, especialmente a efetiva espera de um retorno da economia para os países que tem o turismo como sua principal atividade.

Aliás o crescimento industrial é motivado pelo capital externo, e pelas multinacionais instaladas em território brasileiro, demonstrando a participação dentro de um mundo globalizado com troca de insumos e produção conjunta de bens.

A dependência da produção industrial, e também das tecnologias de países desenvolvidos denota fragilidade econômica, que poderia ser amenizada com implementação de planos governamentais e projetos que viabilizem a produção das áreas de ciência e tecnologia, promovendo o desenvolvimento industrial nacional.

Para o cenário atual e visando um contexto globalizado, o desafio da indústria é aplicar mudanças estruturais e comportamentais que poderão trabalhar em prol do reequilíbrio financeiro.

Outra vertente que pode auxiliar a recuperação das empresas é utilizar o avanço tecnológico para explorar uma fase transacional, que requer investimento em processos integrados, caminhando com uma mudança cultural.

Vale mencionar a necessidade de reduzir o chamado custo-brasil de longa data criticado. Deverá haver medidas estruturais para melhorar o ambiente de negócios, para envolver o conjunto de problemas estruturais, burocráticos, financeiros e políticos, que encarecem o investimento no país, e impactam o crescimento da economia.

Ainda que as principais pautas do Congresso Nacional estejam voltadas a maneiras de mitigar ou minimizar os impactos causados pela paralização da economia, para uma recuperação econômica é necessário dar importância à retomada de agenda de reformas que recuperem a confiança financeira dos parceiros comerciais, e dos principais e futuros investidores,

o que pode alongar por ser este ano de eleição para os principais cargos do país.

Seguem alguns exemplos de medidas que podem subsidiar a recuperação econômica, como o de dar suporte à vigência dos programas de crédito emergencial, e às linhas de financiamento, principalmente para as pequenas empresas com o parcelamento do recolhimento dos tributos, e instituir um programa de repactuação dos débitos tributários, como o refinanciamento fiscal, dando vazão à reforma tributária, que deve tornar a cobrança de impostos mais racional, e gerar aumento de competitividade dos produtos brasileiros tanto no mercado doméstico quando no mundial, como forma de participação ativa na globalização, além de reduzir as despesas com o funcionalismo e aumentar a eficiência do setor público, especialmente dos cargos em comissão, portanto fora dos concursados.

O caminho para retomada da economia é vasto, devendo o governo, empresas e sociedade atuarem em conjunto, cada um dentro de suas especificidades, identificando os principais gargalos, e buscando formas de solucioná-los. É possível impulsionar a retomada da economia no país, sempre com a ressalva deste ano por conta da eleição geral.

Com informes atuais deste ano, os estoques aumentaram no começo de 2022, e permanecem pouco acima do nível planejado, uma vez que os índices de expectativa de demanda, de exportação, de compra de matérias-primas e de número de empregados apresentaram pouca variação na comparação com o ano anterior, tendo a intenção de investimento apresentado queda.

Os impactos da mudança do clima já são visíveis em diversas partes do mundo com desastres naturais, como secas e inundações, que têm ocorrido com mais frequência e intensidade. Um dos efeitos que mais preocupam é a escassez hídrica.

Há a constatação de que embora o país tenha 12% da reserva mundial de água doce, a distribuição é desigual, pois a região sudeste responde por quase metade do PIB e tem 45% da população, mas conta com apenas 6% da

oferta de água, enquanto a região norte, onde vivem apenas 5% da população brasileira, concentra 81% da água doce disponível no país.

Acontece que a água no caso brasileiro é definida por lei, incluindo seu reuso, existindo a legislação brasileira desde um Decreto de 1934, intitulado Código de Águas, que traça diretrizes que permite ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas, sendo que a primeira versão desse código surgiu em 1907. A Constituição Federal passou a determinar, que todas as águas são de domínio público para impulsionar a economia agrária e consolidar em 1997, com a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), que caracteriza a água como um bem jurídico público e um recurso natural limitado.

A menção da água, justifica-se como modo de impulsionar o descompasso entre demanda, também como a navegação fluvial para integração com os países fronteiriços, sendo fonte de energia para o país. Além do risco de falta de água em algumas regiões, a insegurança hídrica pode implicar em perdas significativas de produção, aumento dos custos e perda da competitividade da indústria, quando a questão energética é central, tanto para a agenda de adaptação à mudança climática, quanto para a redução de emissões de gases de efeito estufa para chegar nas metas de reduções de emissões dos países, principalmente para aqueles que tem forte dependência dos combustíveis fósseis.

Um ponto fundamental para a produção seria a necessidade de infraestrutura, especialmente para o escoamento da produção com meios mais econômicos. Embora o país tenha elevada participação de fontes renováveis na matriz elétrica (84,8%), ainda há grande concentração em fontes hidráulicas. Outra aposta para reduzir a pressão sobre os mananciais, seriam iniciativas de eficiência energética, bastante comuns no setor industrial.

Essa eficiência pode ser traduzida como o uso de menos energia para obter o mesmo resultado, que pode ser alcançado por meio de melhorias tecnológicas ou de mudanças na gestão energética das empresas, mencionando a fonte de energia eólica, a qual se fixou no nordeste brasileiro pela costa

oceânica, onde não há dependência do vento, que vem do oceano Atlântico, apresentando ótimo resultado para toda esta região nordestina.

Outro polo importante que está em significativa alta, consiste na atividade do setor da construção civil, especialmente em edifícios, com forte avanço na confiança do empresário, naturalmente gerando empregos com vasta mão de obra com pouca especialização.

10. Exportações

As exportações do agronegócio alcançaram, em março de 2022, o valor recorde para o mês com 14,53 bilhões de dólares, avanço de 29,4% no comparativo anual, puxado pela alta de 27,6% nos preços dos produtos embarcados, sendo que o setor representou metade das exportações totais do país este mês, na esteira da elevação de preços globais dos alimentos, consequência do conflito entre **Ucrânia e Rússia, importantes exportadores de grãos** e de insumos, ainda mais que o complexo soja (grão, farelo e óleo) lidera os produtos embarcados, contabilizando mais da metade do total das vendas externas do mês, com 7,56 bilhões de dólares.

Quanto às carnes, as exportações ultrapassaram, pela primeira vez, a marca de 2 bilhões de dólares o primeiro trimestre deste ano (2,10 bilhões), tendo a proteína bovina sido o produto mais exportado do segmento com recorde de 1,11 bilhão de dólares e 191,58 mil toneladas embarcadas, impulsionada pela demanda chinesa, que continua como principal destino dos embarques, apesar de uma queda na participação de compras do agronegócio entre março de 2021 (42,3%) e de 2022 (41,4%), enquanto as importações de produtos agropecuários também registraram alta, de 5,9%, somando 1,42 bilhão de dólares, demonstrando a atual situação de crescimento do país.

11. Encerramento

Para a conclusão, fica demonstrada a intenção da apresentação em breve resumo o que representa a nação brasileira dentro de uma economia globalizada fortemente envolvida com os avanços tecnológicos dando ênfase à tecnologia, nascendo o pensamento de uma reciprocidade à simpatia e acolhimento sempre bem-vindo dos países que se expressam em português, especialmente para nossa entidade que visa a congregação de todos com a forma de ser, participação global, cultura e costumes, ficando o melhor, por onde se expressa a alegria, e todos os sentimentos, sendo através do português.

Direito ao Desenvolvimento no Estado de Direito: cidadania, justiça e redução das desigualdades

*RIGHT TO DEVELOPMENT IN THE RULE OF LAW:
CITIZENSHIP, JUSTICE AND REDUCTION OF INEQUALITIES*

Caio Medici Madureira

Especialista em Direito Empresarial
e Processual Civil; Advogado;
Sócio na Tortoro, Madureira & Ragazzi.

José Luiz Ragazzi

Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP;
Mestre em Direito pela Instituição
Toledo de Ensino; Professor e Advogado;
Sócio na Tortoro, Madureira & Ragazzi

Lúcia Helena Polleti Bettini

Doutora e Mestre em Direito do Estado,
subárea Direito Constitucional pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP;
Professora e Advogada;
Sócia na Tortoro, Madureira & Ragazzi.

Sumário

1. Introdução.
2. Advocacia e o fortalecimento da cidadania.
3. As Desigualdades e o Estado de Direito.
4. A Federação, Cidadania e o Direito ao Desenvolvimento.
5. Conclusões.
6. Referências.



Resumo

O presente artigo estuda e analisa a atuação da FALP – Federação dos Advogados da Língua Portuguesa na manutenção do Estado de Direito como condição para o desenvolvimento, pois o crescimento deve atuação voltada para algumas políticas que encontram repercussão global, todas com atenção ao desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, como uma das missões da Federação, o fortalecimento da Advocacia da Língua Portuguesa no mundo e da Cidadania por meio do conhecimento que se mostra imperativo e objetivo do presente estudo, com o referencial de atuação das comissões de trabalho da Federação, em especial, a da Mediação e Arbitragem e da Diversidade e Inclusão. A partir da análise documental a metodologia dedutiva foi a utilizada.

Palavras-chave: Integração; Conhecimento; Independência; Direito; Brasil.

Abstract

This article studies and analyses the role of FALP – Federation of Lawyers of the Portuguese Language in maintaining the Rule of Law as a condition for development, since growth must focus on some policies that have global repercussion, all with attention to sustainable development. In this sense, as one of the Federation's missions, the strengthening of Portuguese Language Advocacy in the world and citizenship through knowledge, which is imperative and objective of present study, with the reference of the work of the Federation's work committees, in particular, Mediation and Arbitration and Diversity and Inclusion. From the documental analysis, the deductive methodology was used.

Keywords: Advocacy; Citizenship; Right to Development; Rule of Law; Reduction of Inequalities.

1. Introdução

A Federação dos Advogados da Língua Portuguesa - FALP desempenha papel fundamental para o exercício da Advocacia em tempos de mundo globalizado, pois existem inúmeras tarefas a serem realizadas quando se trata do direito ao desenvolvimento em todo globo terrestre e, atualmente, somos mais de um milhão e duzentos mil advogados da língua portuguesa espalhados pelos quatro continentes, Americano, Africano, Asiático e Europeu. A missão de fortalecimento da cidadania e diminuição ou afastamento de discriminações e estigmas, atinge também advogados da língua portuguesa na sua atuação e importância, ainda que saibamos que responsáveis pela efetividade da justiça e cidadania.

Proteger e concretizar num mundo plural o afastamento de barreiras decorrentes dessas discriminações negativas, sem dúvidas, é fator de desenvolvimento e singular para reduzir desigualdades com o respeito às particularidades que envolvem questões sócio-político e culturais no exercício da advocacia. Buscar o fortalecimento do exercício da advocacia da língua portuguesa permite o fortalecimento da cidadania e justiça e traz o respeito e dignidade merecedora também aos advogados da língua portuguesa e a seus atendidos.

No mundo globalizado as rupturas das barreiras do tempo, espaço e o acesso a locais, antes marcados pelo isolamento, se efetivou pelo advento da era digital que identificou inúmeras desigualdades com alcance mundial. Minimizar tais desigualdades demanda conhecimento por meio de informação que possua cunho educativo e pela atividade da advocacia como indispensável para a manutenção do Estado de Direito. Diante de inúmeros conteúdos que são colocados à disposição para um número indeterminado de pessoas diuturnamente, a grande preocupação da atualidade é a da busca por conteúdos confiáveis e que correspondam ao plano fático e não ao contexto

da pós-verdade. O que se retira do atual momento é a necessidade de acessar a proteção de direitos com ajuda especializada de advogados e, nesse sentido, a importância da Federação.

Ademais de representarmos mais de 20% da Advocacia mundial ainda não existe o reconhecimento da nossa atuação, o que demanda organização para que se alcance esse *status*. É o que se propõe a FALP. Os grupos de trabalhos na busca pela organização do conhecimento e reconhecimento da importância dos advogados da língua portuguesa, orientados para o fortalecimento da cidadania e afastamento das discriminações negativas com a utilização de meios extrajudiciais de conflitos, é objetivo do presente artigo.

2. Advocacia e o fortalecimento da cidadania

Reconhecer a advocacia como indispensável ao fortalecimento da cidadania não tem se apresentado como regra e tarefa fácil nos tempos atuais, em especial pela multiplicação de discriminações e estigmas que se estendem a um número indeterminado de pessoas pela entrega e acesso de conteúdos na era digital e em tempos de pós-verdade. Nesse contexto, se mostra indispensável para tal fortalecimento e afastamento das fragilidades e vulnerabilidades, a criação de instrumentais para o acesso a conhecimento organizado, técnico e verdadeiro sobre o exercício da cidadania e a acesso à justiça, o que se propõe a FALP - Federação dos Advogados da Língua Portuguesa.

Destaque-se que existe uma necessidade premente de reconhecimento no mundo da organização da Advocacia da língua portuguesa, pois, no exercício da profissão, também existe e é local de diminuição e estereótipos pejorativos, ainda que sejamos mais de vinte por cento dos advogados existentes no mundo.

A Federação por meio de grupos de trabalho, especialmente, pela Comissão de Diversidade e Inclusão visa criar condições de centralização do diálogo entre os advogados e advogadas da língua portuguesa que, pela condição multicultural, tornam possível o afastar das discriminações negativas

decorrentes da sociedade plural e marcada pelo racismo cultural e estrutural^[1], também presente na prática profissional da advocacia e da cidadania num sentido amplo para os grupos que trazem marcas de diminuição ou exclusão.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e os tratados internacionais que dela decorrem de 1966, Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Culturais, Sociais e Econômicos, passamos a ter a obrigatoriedade de respeito aos valores liberdade, igualdade e dignidade humana, o que também aparece com destaque nas Constituições pós declaração, pois foram positivados no âmbito interno e internacional. As Constituições do pós Declaração também trazem essa indissociabilidade de valores democráticos, mas não é o que ocorre no plano concreto, no dia-a-dia das pessoas, muitos ainda são incapazes de se sentirem cidadãos ao ponto de haver diferenças e marcas que os tornam invisíveis.

Transformar situação fática tão apartada do que vem descrito nas normas orientadoras do convívio humano, sejam as normas éticas ou as normas jurídicas, necessita de inúmeras decisões e medidas urgentes e entendemos que a Federação entra ao lado de outras políticas ou ações governamentais com a finalidade de diminuir tal distanciamento e estigmatização de parcela da cidadãos e de advogados.

O reconhecimento das desigualdades narrado pela história sendo que as discriminações se dá por uma estruturação do poder que atribui desvantagens a um determinado grupo, tem em diversos documentos éticos e jurídicos a afirmação de necessária atuação voltada para implementação de medidas que afastem as desigualdades, discriminações e estigmas que excluem e dão a sensação de ausência de cidadania e precisam de atuação constante não só do poder público, como também, das instituições particulares e das pessoas de vida privada.

1. Cf. ALMEIDA, Sílvia Luiz. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra. 2020. (Feminismos Plurais/ coordenação Djamilia Ribeiro) Págs. 27 e ss. O autor destaca o Iluminismo como fundamento filosófico das revoluções liberais e o referencial do homem universal, pelo qual se pretendeu levar a civilização aos que não participavam das benesses da liberdade e igualdade delimitadas pelo Estado de Direito e também pelo mercado, que culminou com o processo de colonialismo que envolve espoliação, destruição, escravidão e morte de forma brutal, sendo o contexto para a raça ser delimitada como conceito central da sociedade contemporânea, na qual há a *inferioridade racial dos povos colonizados*. *Conclui que as características biológicas somadas à identidade étnico-cultural são importantes elementos de discriminação, mesmo com os avanços científicos e o afastamento das diferenças biológicas, reconhece a raça como elemento político utilizado para legitimar as desigualdades e discriminações.*

Entendemos que a delimitação dos direitos que sustentam a não discriminação não é suficiente para afastamento de desigualdades, tanto que em nosso Estado aparece como metas a serem implementados no elenco dos Princípios Fundamentais^[2], entre elas, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a busca e promoção do bem de todos, afastando toda e qualquer forma de discriminação, aponta para tarefas que precisam ser realizadas e implementadas pelo Estado brasileiro e por vários outros, no caso, pelos compromissos também descritos na Agenda 2030 - Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, assumidos pelos países integrantes da língua portuguesa. O Agir orientado para tais fins é imperativo.

A proposta que se faz é a da utilização dos meios eletrônicos para divulgar e organizar o fortalecimento da advocacia como prática indispensável à justiça e cidadania, portanto, com a criação e atuação da FALP como centro de produção do conhecimento específico e pesquisa para o suporte aos advogados e advogadas da língua portuguesa, com organização do conhecimento centralizado para atuação global dotada de intencionalidade, ou seja, cumprir a missão da profissão e dar efetividade aos direitos humanos e fundamentais que derivam da igualdade.

Importante identificar e destacar as duas comissões de trabalho voltadas para o fortalecimento da Advocacia da Língua Portuguesa e da Cidadania, como forma de viabilizar o direito ao desenvolvimento pelo afastamento das desigualdades e diminuição de grupos de pessoas, que são especificamente a Comissão da Diversidade e Inclusão e a Comissão da Mediação e Arbitragem, como forma de minoração dos preconceitos e estigmas e dar efetividade do direito fundamental social da igualdade.

2. Cf. Constituição, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3. As Desigualdades e o Estado de Direito

Uma das características do Estado de Direito que, na atualidade se apresenta indissociável da Democracia, é a atenção para o cumprimento de sua finalidade social, que deve, obrigatoriamente, ir ao encontro da busca do bem comum, conforme conceito proposto pelo Papa João XXIII na encíclica “Pacem in Terris”^[3]. Tal finalidade descreve a criação e a manutenção do conjunto de todas condições sociais que sejam aptas a propiciar o desenvolvimento integral da personalidade humana. Apesar de tal conceito dar sustentação às discussões sobre a Teoria do Estado nos anos 1960, chegamos ao Século XXI com as mesmas dificuldades quando se trata de inclusão e não discriminação dos diferentes, ainda em razão do sexo, cor, idade, religião, entre outros, e a proposta de solidariedade continua como meta a ser alcançada pelo nosso Estado e demais que na atualidade assumem a condição de Estado de Direito.

Os Estados de Direito, por meio de suas respectivas Constituições assumem os compromissos delineados em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de não afastamentos de valores indispensáveis para a realização da democracia e cidadania que são, entre outros, a liberdade, igualdade e dignidade humana. A razão de existir das Constituições são as estruturas do poder sendo nela delimitadas, com limites a todos, sejam os cidadãos como os que estejam nas funções do Poder Estatal e a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, identifica-se não só o significado de uma Constituição^[4], como também a necessidade de todos a respeitarem, sob pena de não se fazer valer várias de suas acepções^[5] entre elas também a da força normativa da Constituição, conforme Hesse, donde se retira que o germe ativo da Constituição está nas vivências e necessidades sociais.

3. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Pág.

4. Desde as revoluções burguesas, em especial, na França e a Declaração de 1789, o Estado que não assegura direitos dos cidadãos e não protege a Separação dos Poderes, não tem uma Constituição.

5. Podemos citar as várias acepções da Constituição, como a jurídica, a filosófica, a sociológica e a da força normativa, sendo todas importantes para que atinja o seu real alcance, devendo todos esses aspectos ou acepções serem respeitados.

A partir desses referenciais teóricos, dos quais não podemos nos afastar ou atuar contra a Constituição, pois elas organizam os Estados de Direito e são a representatividade das nossas necessidades sociais prementes, temos que sempre ratificar compromissos constitucionais a serem respeitados, entre eles está o da redução das desigualdades e do conseqüente afastamento das discriminações negativas que nos distanciam da condição da cidadania e dignidade humanas que são fundamentos dos Estados Democráticos de Direito.

Nesse sentido, vale repetir Hesse^[6] acerca da necessidade de haver ao lado da vontade de poder, a vontade de Constituição e de identificação com o seu germe ativo, que para o presente estudo se mostra claramente e delineado pelos objetivos do Estado brasileiro na Constituição. Falar em sociedade livre vem ao lado de justa e solidária e só se alcança esses referenciais com a educação e conhecimento aptos a trazer para a vida concreta tais metas. Afirmamos e reforçamos a necessidade de fortalecimento da cidadania que só acontece quando existe conhecimento e educação como um processo que envolve a todos para o preparo para o exercício da cidadania e desenvolvimento integral da personalidade humana.

Sempre importante lembrar Sampaio Doria^[7] com a afirmação de que a “Educação é o problema básico da Democracia”. Concordamos e reforçamos a necessidade de cuidar da educação como processo muito amplo que envolve vários atores.

A Federação por meio das comissões de trabalho assume esse compromisso de fortalecer o processo educacional^[8] com conhecimento especializado para fazer cumprir a vontade de Constituição, com especial apreço pela legitimidade nas tomadas de decisão de poder que realmente sejam capazes de cumprir o que fora apresentado em 1988 como uma das

6. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. Pág. 19 e ss.

7. DÓRIA, A. de Sampaio. **Comentários à Constituição de 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1960. p. 765 e ss.

8. Vale citar a triplice missão da educação descrita em nossa Constituição, em seu Art. 205. *A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* (grifo nosso)

necessidades sociais, ou seja, a redução das desigualdades e o afastamento de tantos preconceitos que decorrem de uma estruturação de poder que apesar de não ser compatível com os princípios fundamentais do Estado brasileiro, ainda trata algumas pessoas como inferiores e sem o alcance da condição da cidadania e dignidade humana, fundamentos do Estado de direito.

Vale citar o pensamento de Adilson Moreira^[9] sobre uma educação jurídica antirracista como meio de se alcançar a justiça com o afastamento de vulnerabilidades de inúmeros grupos sociais, o que vem ao encontro da Constituição em descrição expressa nos objetivos fundamentais que integra os princípios fundamentais e, portanto, sustenta o Estado Democrático de Direito que se apresenta plural e multicultural. Se faz urgente e necessário ouvir e dar voz a esses grupos, reconhecer os mecanismos de discriminação existentes em nossa realidade para efetivamente poder afastá-los, pois deve-se buscar a construção de sociedade justa, livre e solidária.

O Brasil e os demais países integrantes da comunidade da língua portuguesa reforçaram os compromissos assumidos na Agenda 2030^[10], dos quais nós destacamos as discussões sobre a redução das desigualdades, com especial atenção à utilização dos meios eletrônicos para multiplicação e maior alcance das ações governamentais descritas nos objetivos do desenvolvimento sustentável para que, em última análise tenhamos fortalecimento de cidadania e da justiça social.

4. A Federação, Cidadania e o Direito ao Desenvolvimento

Com o reconhecimento de inúmeras desigualdades, vulnerabilidades e hipervulnerabilidades que decorrem de determinadas características

9. MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Philippe Oliveira de; CORBO, Wallace(coautores). **Manual de Educação Jurídica Antirracista: direito, justiça e transformação**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

10. Trata-se de plano mundial estabelecido em 2015 pela Organização das Nações Unidas para implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável nos anos 2020 a 2030. São 17 ODS, sendo relevante para o presente estudo os relativos à redução das desigualdades.

personais^[11], permanentes ou sazonais, que afetam a vida das pessoas no plano individual como no das interrelações sociais, a Federação aparece com a missão de trazer o reconhecimento e respeito aos Advogados e Advogadas da língua portuguesa, com a ampliação do atendimento no mundo pelos mesmos, com foco principal na redução das desigualdades, acesso ao direito ao desenvolvimento.

A utilização dos recursos tecnológicos e dos suportes intangíveis, como, por exemplo, os meios eletrônicos, que dão o suporte e permitem a multiplicação de informações e do conhecimento organizado e criado pela Federação, voltado para redução das desigualdades e com a utilização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, se apresenta como medida muito importante e com significado singular, na medida que a efetividade dos direitos fundamentais sociais, entre eles, os que derivam da igualdade, precisam não só do reconhecimento pelos vários documentos jurídicos e éticos, mas de desenvolvimento e implementação, ou seja, de atuação democrática que se realiza por diversas ações inclusivas.

A Federação se apresenta como um centro irradiador do conhecimento técnico e totalmente apartado dos que derivam de pós-verdade^[12] e *fake news*^[13], capaz de trazer autonomia e liberdade para os que não tem voz e representação, com o ultrapassar os limites que lhes retiram da invisibilidade, pelo acessar do cuidado e do saber orientado para o afastamento das desigualdades que ainda hoje permanecem. De forma paralela, e não menos importante, se busca também a visibilidade aos seus integrantes dos nove países da Língua Portuguesa e afastamento das discriminações que excluem.

11. Vale lembrar que a Constituição de 1988 indica algumas pessoas com determinadas características como destinatárias do sistema de proteção integral, como as crianças e os adolescentes, os idosos, as pessoas com deficiência. Tal tratamento constitucional se encontra no Título VIII – Da Ordem Social, no qual o primado do trabalho, com objetivo do bem-estar social e justiça social, se destacam, e, se implementam por meio de diversas políticas sociais com a participação da sociedade, o que reforça a necessidade de respeitar a aceção de força normativa da Constituição.

12. O neologismo “pós-verdade” foi o termo mais utilizado em 2016, segundo o dicionário de Oxford, e ficou muito conhecida por sua utilização política no plebiscito do BREXIT e eleição americana com vitória de Donald Trump, que trouxe como marca a manipulação das informações com notícias inteira ou parcialmente falsas.

13. As notícias falsas têm sido uma constante dos últimos anos, em especial, pela facilidade da sua disseminação possibilitada pelos meios de comunicação eletrônico e por haver um grande alargamento dos atores que entregam a informação. Todos se tornam potenciais criadores ou disseminadores de conteúdos, assumindo papel antes reservado a poucos e com identificação, como emissores de informações.

Fortalecer os Advogados e Advogadas da Língua Portuguesa é o primeiro passo, pois por muito tempo os referenciais do Iluminismo, que permitiram dentro do paradigma de liberdade e igualdade a estruturação do poder conforme as regras da colonização, que marcou muitos por sua raça para serem diminuídos ou dominados em processo de escravidão, que apesar de sua abolição ainda espria seus efeitos de forma deletéria. Tal constatação histórico-cultural e política, em pleno 2021 se apresenta como referencial de diminuição que afeta, ainda que de forma indireta, os mais de 20% da classe da advocacia no mundo, que são os Advogados da Língua portuguesa.

Afastar tal estigma se impõe e a Federação vai ajudar nesse fortalecimento que permite e engendra o direito ao desenvolvimento dos países integrantes, que conforme a Agenda 2030 há pouco referida, deve ser sustentável e está intimamente relacionado com a redução das desigualdades. Para tanto evidenciar e reconhecer os ODS 10 e 16, respectivamente, “Redução das Desigualdades e “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”, são caminhos necessários para se alcançar o fortalecimento da Advocacia dos integrantes da Federação. Tanto no que diz respeito ao afastamento dos estigmas e estereótipos que diminuem e excluem pessoas ^[14], como na busca pela promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável que possibilitem o acesso à justiça para todos ^[15], são metas que a Federação também assume, pois com certeza tais ações governamentais de nível planetário, para sua implementação demandam atuação dos governos, das pessoas e, no presente estudo, das instituições responsáveis pelo desenvolvimento e fortalecimento da Advocacia,

14. Cf. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, ODS 10, pelo qual se busca reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles: 10.1 - Até 2030, progressivamente alcançar e sustentar o crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional

10.2 - Até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra

10.3 - Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito

10.3.1 - Proporção da população que reportou ter-se sentido pessoalmente discriminada ou assediada nos últimos 12 meses por motivos de discriminação proibidos no âmbito da legislação internacional dos direitos humanos

15. Cf. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, ODS 16, pelo qual se busca “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”

....

16.3 - Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos

no caso, da Federação dos Advogados da Língua Portuguesa, pois a missão não é só o cuidar do desenvolvimento, mas transformá-lo em sustentável, o que se traduz por um projeto social no qual a democracia e suas práticas sejam uma constante, seja pela inclusão e pela utilização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, com especial atenção à atuação orientada para alcançar a justiça e a cidadania.

5. Conclusões

O presente artigo visa estabelecer meios para o fortalecimento da cidadania pelo afastamento de práticas discriminatórias por meio da criação da Federação dos Advogados da Língua Portuguesa – FALP, sendo que tais práticas afetam além das pessoas em suas vidas particulares, também aquelas que estão no exercício da Advocacia da Língua Portuguesa, na busca da justiça e cidadania, mas que não possuem o mesmo reconhecimento e status que os demais advogados, sendo muitas vezes expostos a discriminações.

Nesse contexto, reconhecer e fortalecer o exercício da Advocacia da Língua Portuguesa por intermédio da Federação, é absolutamente indispensável para que se alcance o desenvolvimento e de forma sustentável que visa especialmente a redução das desigualdades.

A Federação e atuação por suas comissões de trabalhos, “Diversidade e Inclusão” e “Mediação e Arbitragem”, visa centralizar diálogo entre os Advogados e Advogadas dos 9(nove) países integrantes, na busca da diminuição de práticas excludentes e contrárias ao Estado Democrático de Direito.

Ademais das Constituições dos respectivos países, dos Tratados Internacionais e da Agenda 2030 – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, todos com inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, as práticas inclusivas e democráticas que os implementam e dão efetividade estão muito longe de ser uma unanimidade, pelo contrário, há muito a se realizar para o seu alcance.

O que se pretende é a centralização do conhecimento que indispensável para reduzir as desigualdades e discriminações negativas e construir uma sociedade livre, justa e solidária. Os referenciais teóricos e normativos, éticos e jurídicos, existem de forma farta, mas falta fazer valer a “Vontade de Constituição” e de Democracia.

A proposta que se traz no presente estudo é a do fortalecimento da Advocacia da Língua Portuguesa, por meio da Federação e de suas comissões de trabalho em atuação para a multiplicação dos resultados de seus estudos na busca da justiça e cidadania e afastamento das práticas discriminatórias e consequente redução das desigualdades.

6. Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra. 2020. (Feminismos Plurais/coordenação Djamila Ribeiro)

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Philippe Oliveira de; CORBO, Wallace(coautores). **Manual de Educação Jurídica Antirracista: direito, justiça e transformação**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

Direito ao Desenvolvimento e o Desafio da Segurança Jurídica no Brasil

*RIGHT TO DEVELOPMENT AND THE
CHALLENGE OF LEGAL CERTANTY IN BRAZIL*

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Advogado. Bacharel, Mestre em Direito Civil Comparado e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Titular da cadeira número 5 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Titular da cadeira número 43 da Academia Brasileira de Direito. Presidente Honorário da Federação Nacional dos Institutos dos Advogados do Brasil. Representante no Brasil da Federação dos Advogados de Língua Portuguesa.

Sumário

1. Nada é novo.
2. O desafio da segurança jurídica.
3. Segurança ou insegurança jurídica?
4. A difícil tarefa de vincular.
5. “Pratrasmente”: uma brevíssima reflexão sobre a modulação dos efeitos.



Resumo

O presente artigo tem como finalidade abordar a dificuldade na aplicação do princípio constitucional da segurança jurídica no Direito brasileiro. Fruto das transformações da sociedade moderna e da grave insegurança jurídica do texto constitucional original, a Emenda Constitucional nº 45, instituiu a segurança jurídica como direito e garantia constitucional. A dificuldade na uniformização da interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal resulta num aumento no número de precedentes, dado o dinamismo de modificação e criação de leis, concomitantemente com a especificidade das decisões judiciais, os quais, em casos excepcionais, podem ter seus efeitos modulados, ou seja, não havendo eficácia temporal absoluta, mediante excepcional interesse público.

Palavras-chave: Segurança Jurídica, Súmula Vinculante, Transformação, Decisões judiciais, interesse público.

Abstract

This article aims to address the difficulty in applying the constitutional principle of legal certainty in Brazilian law. As a result of the transformations of modern society and the serious legal uncertainty left by the original constitutional text, Constitutional Amendment nº 45, instituted Legal Certainty as a right and constitutional guarantee, thus launching a great challenge to be solved, given the difficulty in standardizing the constitutional interpretation of the STF, thus resulting in an increase in the number of precedents, given the dynamism of modification and creation of laws, concomitantly with the specificity of judicial decisions, which, in exceptional cases, may have their effects modulated, that is, in the absence of absolute temporal effectiveness, through exceptional public interest.

Keywords: Legal Certanty, binding precedent, transformation, court decisions, public interest.

“Se o desenvolvimento é o maior problema do nosso tempo e do nosso País, e se a sua realização se tornou determinação constitucional explícita, não se pode deixar de apreciar a contribuição que o advogado pode e deve trazer à ação comum. O direito visa garantir a estabilidade das sociedades que rege e, sempre, foi o catalizador do progresso.”

Arnoldo Wald, O direito do desenvolvimento, in Revista Forense, vol. 220, ano 63, out-dez 1967, p. 421.

1. Nada é novo

Como já preconizava Arnoldo Wald no final de 1967, e que foi transcrito na epígrafe deste artigo, o desenvolvimento é o maior problema do nosso tempo e do nosso Brasil.

Foi-se o tempo que o Poder Judiciário aplicava o direito distante dos efeitos provocados na sociedade.

A sociedade moderna, assim entendida como o grande eco criado com a liberdade de expressão aliada à tecnologia, revela-nos, de forma impactante, as consequências das decisões do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

A afirmação acima é a premissa do nosso raciocínio para o problema da insegurança jurídica que nos retarda o progresso. A velocidade e solidez de investimentos nacionais e estrangeiros, sem caráter meramente especulativo, são prejudicados diuturnamente pela insegurança jurídica e tiveram uma percepção reconhecida pela primeira vez, somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004.

Não deixa de ser revelador o fato de que a Constituição Federal do Brasil de 1988 não fez uma menção sequer ao tema da segurança jurídica. Talvez isso possa ser explicado pelo fato de que não há dúvida de que a nossa Constituição é resultado do momento histórico no qual se buscava a liberdade. A instituição do Estado Democrático de Direito era a prioridade com o extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

E nessa esteira, que posteriormente, é promulgada a Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004 que estabelece dois marcos fundamentais, quais sejam, o tempo do processo e a segurança jurídica.

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal do Brasil passa ter a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.**” (**grifos nossos**)

Porém, nada é novo.

Sobre o tempo do processo a doutrina derramou tintas sem fim, sob o ensinamento há muito pontificado por Ruy Barbosa, em sua Oração aos Moços: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”

Reconhecido o problema, e conferida à duração razoável do processo o *status* de direito e garantia fundamental, como garantir os meios adequados para a celeridade dos processos?

Pela mesma Emenda Constitucional nº 45, ao art. 103 da Constituição Federal do Brasil foi acrescentado o art. 103-A, com a seguinte redação:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública

direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º **A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas**, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública **que acarrete grave insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” **(grifos nossos)**

Ainda, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de que fosse demonstrada a repercussão geral da questão constitucional trazida nos recursos extraordinários, o que posteriormente foi regulamentado no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. CF/88, artigo 102, § 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04. CPC, artigos 1.035 e 1.036, acrescido pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. RISTF, Artigo nº 13, com a redação das Emendas Regimentais nº 24/2008, nº 29/2009 e nº 41/2010, Artigos nº 21, 340 e 341, com a redação das Emendas Regimentais nº 41/2010 e 42/2010, Artigos nº 38, 57, 59, 60, 67, 78, 323-A e 325-A, com a redação da Emenda Regimental nº 42/2010, Artigos nºs 322-A e 328, com a redação da Emenda Regimental nº 21/2007, Artigo nº 324, com a redação das Emendas Regimentais nº 31/2009, nº 41/2010, nº 47/2012 e nº 49/2014, Artigo nº 328-A, com a redação da Emenda Regimental nº 23/08 e da Emenda Regimental nº 27/2008.

Ressalta-se a finalidade de uniformização da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, sem a exigência de julgamento de múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

Contudo, tal procedimento lançou um enorme desafio ao Supremo Tribunal Federal, criando gargalos que suspendem a tramitação de milhares de processos nas instâncias inferiores.

De qualquer sorte, iniciando o movimento para atendimento da alta demanda pela prestação jurisdicional, a Constituição Federal passou a garantir a possibilidade que reiteradas decisões sobre matéria constitucional possam gerar súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo um dos meios para garantir a duração razoável do processo, mas sem perder de vista a segurança jurídica.

2. O desafio da segurança jurídica

A complexa imbricação entre as relações de direito nacional, internacional e supranacional, sendo exemplo o Mercado Comum Europeu^[1], cada qual com o seu sistema jurídico próprio, remete-nos a um novo paradigma normativo que guarde correspondência com a realidade e possa absorver todas as alterações que sobrevierem.

Assim, a ciência tem sofrido com a velocidade e complexidade dos novos problemas, o que é manifesto reflexo do fato social, levando-nos a refletir de forma crítica sobre a adequação de métodos e princípios, revelando uma crise do direito pela perda de certeza e segurança.^[2]

1. GRECO, Marco Aurelio. (*Internet e direito*, 2. ed. rev. e aum., São Paulo, Dialética, 2000, p. 13) observa: "Isto é particularmente nítido quando se examinam os movimentos regionalistas especialmente na Europa, como, por exemplo, o da Liga Lombarda, na Itália o que está ocorrendo com os bascos na Espanha, o caso na Irlanda do Norte ou, mais amplamente, o fracionamento ocorrido com a União Soviética que se desmembrou em vários Países ou, mais tristemente, o sucedido com a antiga Iugoslávia. Em todos estes exemplos, o conceito comum que os acompanha é o conceito de distanciamento de um mito universalista para a ampliação de um 'realismo local'. Quarta – Esta é a tendência de união de complementaridades. Na medida em que as individualidades são acentuadas, elas se apresentam insuficientes para enfrentar a complexidade do contexto mundial. Daí a tendência à aproximação integrando realidades distintas mas complementares. Isto fez com que surgissem as figuras da Comunidade Européia, do Mercosul, da Nafta etc., retratando a busca de sintonia da complexidade dentro da unidade, com todas as dificuldades que isto implica."

2. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. (Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro, *O direito civil no século XXI* (coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 167-68) pondera: "Na história das ciências momento há em que, chegando a certo grau de maturidade, surge a necessidade de uma reflexão crítica sobre seus resultados particulares, estudando-se a formação do seu patrimônio teórico, a determinação do seu método e os princípios sobre os quais elas se desenvolvem. A ciência jurídica não foge a isso. Pelo contrário.

Daí a relevância da adoção de modelos jurídicos que possam atender a demanda da realidade cada vez mais exigente e intensa.

Mario Losano observa que a pirâmide tornou-se um vocábulo corrente do jurista, destacando que o sistema de Hans Kelsen é prático, porque facilita o entendimento do direito, e tem uma função psicológica ao transmitir a certeza de que o direito está completo e ordenado.^[3]

Contudo, adeptos que somos da teoria tridimensional do direito, entendemos que a pirâmide de Kelsen não contempla a dinâmica da experiência jurídica^[4], sendo certo que a teoria tridimensional de Miguel Reale contempla exatamente essa realidade. Miguel Reale ao inserir o valor como um elemento fundamental, ao lado do fato e da norma, permite ao intérprete e ao aplicador do direito apresentar sua solução evitando um descompasso entre as funções do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) no exercício das suas competências, que muitas vezes pode resultar numa invasão.

Assim, é intuitivo identificar um modelo jurídico de rede no lugar da pirâmide, porque se apresenta muito mais flexível, e permite solucionar as intrincadas, e cada vez mais constantes, questões que ultrapassam os limites territoriais^[5], quer seja pela globalização^[6], quer seja pela tecnologia, buscando o máximo de segurança jurídica possível sem olvidar do princípio da legalidade que sustenta o Estado Democrático de Direito.

Enfrentando novos problemas, decorrentes da inadequação ou até insuficiência dos modelos jurídicos da modernidade, o direito está em crise, sendo um dos seus mais evidentes sintomas a perda crescente da certeza e da segurança, valores históricos fundamentais da ordem jurídica."

3. Vide: LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais (trad. Marcela Varejão), *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 16, jul-dez, 2005, p. 269.

4. Vide: REALE, Miguel. *O direito como experiência : introdução à epistemologia jurídica*, 2. ed., 3. tir., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 165-66.

5. Confira: ZITTRAIN, Jonathan. *Be careful what you ask for: reconciling a global internet and a local law*, Harvard Law School, research paper n. 60, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395300> Acesso em: 11 mar. 2006.

6. Conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional*, 5. ed. totalmente refundida e aum., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 17): "O problema hoje, é o de saber se o processo de institucionalização da modernidade sucessivamente desenvolvido – Estado Nacional – Estado de direito – Estado democrático – Estado social – não teria chegado ao fim. Deixaremos de lado, e por agora, as querelas relacionadas com o 'Estado-providência' e concentremo-nos em mais um mote da pós-modernidade político-constitucional – a perda do lugar e da inércia geográfica e territorial (B. Guggenbergl). Assim, os fenômenos da globalização, com os inerentes problemas de interdependência e modificações nas formas de direção e controlo dos regimes e sistemas políticos, levam necessariamente à questão de saber como se devem estruturar deveres e obrigações para lá dos 'confins do Estado territorial' (S. Hoffman alude aqui, de forma sugestiva, a 'Duties beyond Borders'). Como se poderão regular deveres e obrigações na 'ausência' de um centro político estadual?"

Cada vez mais, normas supranacionais adotadas em Declarações Universais ou por blocos de países, recepcionadas ou não pelos ordenamentos jurídicos nacionais, colocarão em xeque o comando de uma Constituição ou de uma norma especializada.

São os olhos de uma Justiça para o mundo e não somente para um país.

No Brasil, o nosso desafio é ainda maior porque se multiplicam diariamente as controvérsias entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, movimentados por uma gigantesca burocracia e a busca por direitos vinculados à natureza salarial ou indenizatória.

O caráter alimentar buscado pela força, no Poder Judiciário, é um dos sintomas dos males sofridos por uma sociedade dependente do Poder Público e que acentua cada vez mais suas desigualdades.

Para tanto, a Emenda Constitucional nº 45 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para aprovar súmulas que terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

3. Segurança ou insegurança jurídica?

Além de ser revelador o fato de que a Constituição Federal de 1988 não tenha feito, originalmente, nenhuma menção sequer ao tema da segurança jurídica, é, por demais, sintomático que tenha denominado o fenômeno como sendo insegurança jurídica na introdução do art. 103-A.

E mais, adjetivou como sendo grave a insegurança jurídica.

Reconhecer o problema é o primeiro passo para iniciar a construção de uma solução.

E à doutrina, cabe a missão de orientar com balizas teóricas consistentes como avançar na solução, apontando os erros e equívocos.

O reconhecimento do fenômeno da insegurança jurídica na Constituição Federal é mais grave do que o adjetivo que lhe foi conferido.

É grave porque não trata o tema como sendo uma promoção da segurança jurídica, como o faz com todos os direitos e garantias fundamentais.

A título de exemplo, não exaustivo, destaca-se que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (CF, art. 5º, I), ou seja, não se enunciou como homens e mulheres como desiguais. Destaca-se que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (CF, art. 5º, IV), ou seja, não se enunciou como sendo proibida a censura.

Ressalte-se, ainda que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, como expressamente prevê o §1º do art. 5º da Constituição Federal, o que demonstra que a proposição adequada seria enunciar a promoção da segurança jurídica.

Nada obstante, a doutrina consolidou a segurança jurídica como um princípio, reconhecendo o seu *status* de direito e garantia constitucional, como nos ensina José Afonso da Silva: “a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída^[7]”

A interpretação autorizada de José Afonso da Silva também tem suporte no §2º do art. 5º da Constituição Federal reconhecedor que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

7. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

4. A difícil tarefa de vincular

A Emenda Constitucional nº 45, veio acompanhada da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal e alterou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Porém, a tarefa de vincular é desafiada pela abundante produção de normas no Brasil.

Estudo recente, publicado em 15/10/2018 pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, registra que desde a Constituição Federal de 1988 foram editadas 5.876.143 (cinco milhões, oitocentos e setenta e seis mil, cento e quarenta e três) normas, o que representa em média que são editadas 774 normas por dia útil, em todas as esferas federais, estaduais e municipais.^[8]

E um dado, ainda mais impactante, segundo o estudo, somente 4,13% das normas editadas no período não sofreram nenhuma alteração.

Logo, não é difícil concluir que a quantidade de normas editadas, bem como a sua constante mudança, resulta num potencial aumento dos processos administrativos e judiciais, provocando, como consequência, a insegurança jurídica.

Esse cenário impôs uma tarefa de gestão ao Poder Judiciário, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça determinou a criação do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Nurer), no âmbito dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais, com a finalidade de auxiliar na identificação de recursos representativos da controvérsia, o acompanhamento dos recursos paradigmas e o encaminhamento de relatório ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça, trimestralmente,

8. <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191025-11.pdf>

com dados referentes aos processos sobrestados que aguardam julgamento do mérito dos temas da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

Tal providência resultou na criação do Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, do Conselho Nacional de Justiça, a partir das informações fornecidas por cada Tribunal.

O cenário foi reforçado pelo Código de Processo Civil, editado em 2015, com as regras sobre demandas repetitivas e formação de precedentes judiciais.

Um movimento em direção da criação cada vez maior de precedentes obrigatórios decorrentes de repetição de ações judiciais, possibilitando decisões proferidas de forma concentrada para os casos repetitivos.

Portanto, muito além das súmulas vinculantes, o sistema tem, à sua disposição, a repercussão geral, recursos especiais ou de revista repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência.

Contudo, como destacamos acima, todos esses instrumentos lançaram um enorme desafio ao Supremo Tribunal Federal, criando gargalos que suspendem a tramitação de milhares de processos nas instâncias inferiores.

Basta citar que o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, do Conselho Nacional de Justiça, atualmente registra que 986.754 ações em tramitação nos órgãos do Poder Judiciário com movimentação suspensa em virtude de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o banco de dados, a maior parte das ações corresponde a demandas que questionam planos econômicos, desaposentação, correção monetária e fornecimento obrigatório de medicamentos pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, com quase 40 mil ações em tramitação, tem enorme dificuldade de julgar os processos com repercussão geral reconhecida, além de analisar os mais de 300 temas de repercussão geral pendentes.

5. “Pratrasmente”^{19]}: uma brevíssima reflexão sobre a modulação dos efeitos

Como se não bastasse toda a dificuldade acima exposta, ainda há uma variável imposta às súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, elas podem não ter eficácia temporal absoluta.

A competência conferida pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para aprovar súmulas foi regulamentada pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, com a fixação de prazos e procedimentos, com destaque para o art. 4º que previu: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, **poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento**, tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse público**.” (grifos nossos)

A modulação dos efeitos já era prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, ao tratar do controle de constitucionalidade: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (grifos nossos)

É interessante notar que, em ambos os dispositivos legais, as razões de segurança jurídica foram invocadas para justificar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da sua decisão.

O que seriam essas razões de segurança jurídica?

Ainda, é de se destacar que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da sua decisão, alternativamente às razões de

9. Referência à expressão criada pelo folclórico personagem Odorico Paraguauçu do autor Dias Gomes.

segurança jurídica, também poderia ocorrer por excepcional interesse social ou excepcional interesse público.

São sinônimas as expressões “excepcional interesse social” e “excepcional interesse público”?

Mas, antes de tudo, poderiam leis infraconstitucionais criar o instituto da modulação dos efeitos que não foi previsto na Constituição Federal?

Maria Garcia responde:

“Primeiramente - é de notar - o tom ‘constitucional’ do dispositivo, pois quem poderá determinar competências ao STF ou qualquer outro órgão estatal - senão a Constituição?!

Tratando-se, no caso, de lei ordinária, fica patente a sua inconstitucionalidade.

Quanto à matéria veiculada pelo mesmo dispositivo legal: cuida-se, aqui, da denominação doutrinária à técnica de modulação dos efeitos da decisão, *in casu* do Supremo - pelo próprio Supremo - e pela mesma razão acima referida, também inconstitucional: as competências, seu alcance e abrangência, em nosso ordenamento, advêm unicamente da Constituição, ao instituir o órgão e suas atribuições.

Ademais - e sobretudo, há que considerar o princípio de segurança jurídica o qual demanda, dentre outros aplicáveis, o princípio da clareza da lei (e aqui, *ad argumentandum tantum*, à vista das inconstitucionalidades ocorrentes) e a tal se opõe o dispositivo, porque ao referir o princípio da segurança jurídica vem alegá-la citando, ao mesmo tempo, o ‘excepcional interesse social’.”^[10]

E, na sequência, Maria Garcia arremata:

10. GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da lei 9.868/1999. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 73/2010. p. 206 – 223.

“O que é, ‘interesse social’?”

Conceitos indeterminados ocorrem no Direito, alguns de alto grau de indeterminação e devem ser evitados: Bobbio registra apenas interesse nacional; Celso Bastos não registra; nem Nelson Saldanha ou De Plácido e Silva ou J. M. Othon Sidou ou Maria Chaves de Mello ou o Dicionário Aurélio.

É excepcional interesse social? Qual a medida, o critério que possa trazer segurança nessa aferição?

‘A liberdade política - afirma Montesquieu no famoso Capítulo XI - em um cidadão, é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro.’

Neste momento, precisamente, há que retomar o voto de Marshall, em 1803 - conclusivo sobre a não concessão de *writ* em *Marbury vs. Madison* dado que a Constituição não fixara tal competência originária à Suprema Corte.

Eis seus candentes termos, na parte principal:

‘Dá-se, em suma, um caso evidente de *mandamus* para a entrega da comissão ou da certidão de seu registro e só nos falta examinar:

I - Se o Tribunal tem competência para expedi-lo.

A lei orgânica dos tribunais judiciários dos Estados Unidos autoriza o Supremo Tribunal ‘a expedir alvarás de *mandamus* nos casos justificados pelos princípios e estilos legais, a quaisquer tribunais instituídos, ou pessoas que exerçam funções, sob a autoridade dos Estados Unidos.

(...)

A atribuição, portanto, dada ao Supremo Tribunal pela lei que estabelece os tribunais judiciários dos Estados Unidos, para expedir alvarás de

mandamus a funcionários públicos, não se mostra assente na Constituição e obriga a examinar se pode ser exercida uma comissão assim conferida.

A questão se uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição pode tornar-se lei do país, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas felizmente, de nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude. Para resolvê-la, basta o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos.

Que o povo tem direito originário de estabelecer para o seu futuro governo os princípios que se lhe antolharem mais concernentes à sua própria felicidade, são os alicerces sobre que se assenta todo o edifício americano.

(...)

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição pelos meios ordinários.

Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias de legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.⁷

Sempre atuais, as colocações de Marshall trazem à reflexão a necessidade de manter, ativa e vigilante, a ordem da supremacia da Constituição e da autoridade da lei, como norteios indispensáveis à segurança dos indivíduos e, no todo, à comunidade.”^[11]

11. GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da lei 9.868/1999. Revista de

É por demais curioso que não tenha havido o questionamento da constitucionalidade da modulação dos efeitos perante o próprio Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A inconstitucionalidade não se convola em constitucionalidade com o decurso do tempo, a despeito do próprio Supremo Tribunal Federal ter largamente utilizado da modulação dos efeitos, inclusive com ressalvas como no caso da ADI 3.794 ED (j. 18-12-2014, P, DJE de 25-2-2015), de relatoria do Ministro Roberto Barroso:

“A jurisprudência desta Suprema Corte não tem admitido a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em casos de leis estaduais que instituem benefícios sem o prévio convênio exigido pelo art. 155, § 2º, XII, da CF (...). A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no presente caso consistiria, em essência, incentivo à guerra fiscal, mostrando-se, assim, indevida.”

Por mais engenhoso que pareça, até se poderia distinguir a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade daquela modulação dos efeitos imposta às súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Mas, no caso das súmulas vinculantes, admitir que a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, diga além do que o art. 103-A da Constituição Federal tenha dito, ou autorizado, representa uma grave inversão da ordem constitucional que somente revela quão difícil é garantir a segurança jurídica no Brasil.

A Sobrevivência da Democracia

THE SURVIVAL OF DEMOCRACY

Eduardo Muylaert

Advogado. Formado em 1968 pela Universidade de São Paulo, fez pós-graduação na Faculdade de Direito de Paris e cursou o Instituto de Estudos Políticos (Sciences Po) e o Instituto de Direito Comparado de Paris. Foi professor da Faculdade de Direito da PUC/SP por quase dez anos. Foi Conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo, da Ordem dos Advogados do Brasil (SP), e membro de sua Comissão de Ética. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Aposentou-se como Procurador do Estado.

Foi Secretário da Justiça e da Segurança Pública do Estado de São Paulo e Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça. Integrou a Comissão de Ética do Estado de São Paulo. Foi Juiz efetivo do TRE - Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (2002-2007).

Publicou recentemente *O Direito no Cotidiano – Guia de Sobrevivência na Selva das Leis* (Contexto, 2020)

A Sobrevivência da Democracia
Eduardo Muylaert



Resumo

Existem muitas tensões em torno da ideia de democracia. A ideia em si tem sido objeto de contestação e críticas, quando não de ataques, às vezes violentos. Essas investidas têm encontrado eco. O clima de insegurança gerado pela pandemia, a guerra, a escassez de energia e de alimentos, as dificuldades econômicas e a crise de emprego, acaba sendo propício ao discurso autoritário. Num quadro de desordem e desmandos, a tentação autoritária cresce de maneira assustadora. Não se pode remediar aos males da democracia pelo recurso à tirania. A tentação autoritária leva a caminhos muito perigosos. A convicção de manada, que rejeita tudo o que contraria opinião de um grupo, é irracional e perigosa. É preciso que a política reforce a confiança na democracia, único regime no qual o Estado Democrático de Direito pode prevalecer.

Palavras-chave: Democracia. Tensões. Contestação. Ataques. Violência. Insegurança. Pandemia. Guerra. Tentação autoritária. Populismo. Convicção de manada. Política. Confiança. Estado Democrático de Direito.

Abstract

There are many tensions revolving the idea of democracy. The idea in itself has been subject of contestation and criticism, when not, sometimes violent, attacks. These onslaughts have found echoes. The climate of insecurity generated by the pandemic, the war, the shortage of energy and food, the economic difficulties, and the employment crisis, turns up to be conducive to authoritarian discourse. In a context of disorder and excesses, the authoritarian temptation grows in a frightening way. Yet, resorting to tyranny can not cure the evils of democracy. Authoritarian temptation leads to dangerous paths. Herd conviction, which rejects anything that contradicts a group's opinion, is irrational and dangerous. Politics need to reinforce trust in democracy, the only regime in which the democratic rule of law can prevail.

Keywords: Democracy. Tensions. Contestation. Attacks. Violence. Insecurity. Pandemics. War. Authoritarian temptation. Populism. Herd conviction. Politics. Trust. Democratic rule of law.

Existem muitas tensões em torno da ideia de democracia, tal como a concebemos, e não só nos países da nossa comunidade de língua portuguesa. A própria ideia de democracia tem sido objeto de contestação e críticas, quando não de ataques, às vezes violentos, em grande parte do mundo. O mais preocupante, é que essas investidas têm encontrado eco em muitos eleitores, até em países do continente europeu. O clima de insegurança gerado pela pandemia, a guerra, a escassez de energia e de alimentos, as dificuldades econômicas e a crise de emprego, acaba sendo propício ao discurso autoritário.

Estamos comemorando o segundo centenário da independência do Brasil. Um grande pensador brasileiro, o líder indígena Ailton Krenak, proferiu em 2019 uma palestra no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, depois publicada sob título *Ideias Para Adiar O Fim Do Mundo*:

“A primeira vez que desembarquei no aeroporto de Lisboa, tive uma sensação estranha. Por mais de 50 anos, evitei atravessar o oceano por razões afetivas e históricas. Eu achava que não tinha muita coisa para conversar com os portugueses, não que isso fosse uma grande questão, mas era algo que eu evitava”.

...

“Quando se completaram 500 anos da travessia de Cabral e companhia, recusei um convite para vir a Portugal. Eu disse: ‘Essa é uma festa típica portuguesa, vocês vão celebrar a invasão do meu canto do mundo. Não vou, não’.

Pouco depois, em 2019, Krenak atravessou o oceano e ficou muito feliz, por entender que a história hoje se constrói de um modo diferente. No começo do século XXI, afirma, é necessária colaboração entre os pensadores com visões distintas, originadas

em diferentes culturas, que vão possibilitar uma crítica das ideias, e nos permitir ver que tipo de humanidade somos, e para que tipo de humanidade estamos caminhando.

Nosso mundo, inclusive em matéria de democracia e Estado de Direito, está de cabeça para baixo. Parece que vivemos uma espécie de distopia, um filme de terror. Quem imaginaria, ainda recentemente, que hoje estaríamos discutindo a sobrevivência da democracia e do Estado de Direito?

Uma das artimanhas da tão apreciada literatura fantástica é introduzir o anormal em um mundo aparentemente normal. Vamos lembrar Kafka: Joseph K. acorda de manhã e vê que está transformado em um inseto. Além do lado simbólico, temos dificuldade de imaginar que uma coisa assim pudesse acontecer. Quando se apagam os limites entre fantasia e realidade, analisa Freud, quando algo que tínhamos como fantástico surge como real diante de nós, ocorre um efeito sinistro, que pode nos abalar profundamente.

Foi o que aconteceu recentemente, com as irrupções, primeiro da pandemia, e em seguida da guerra, com as consequentes ameaças que pairam sobre nossas cabeças. Em momentos em que é difícil decodificar a realidade, podemos e devemos nos socorrer da literatura. Como lamentou o escritor russo Mikhail Shishkin nas páginas do Corriere della Sera, “Ninguém mais ouve as vozes dos escritores”.^[1]

Nosso mundo contemporâneo começou, na prática, depois da Segunda Guerra. Houve, em 1945, um momento de conciliação, havia uma espécie de felicidade geral. Foi então criada a Organização das Nações Unidas e seguiram-se as declarações de direitos do homem. Fizeram-se constituições democráticas em vários países, como França, Itália e o próprio Brasil, reconhecendo direitos individuais e consagrando os novos direitos sociais. Tentava-se superar o fantasma do nazismo e do fascismo, e se dizia: “guerra nunca mais, não queremos ver isso de novo”, etc. Mas nada foi assim tão fácil.

1. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&u=act=8&ved=2ahUKEwjH262Ej4D6AhWhp5UOHVOWDB0QFnoECAsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.corriere.it%2Festeri%2F22_settembre_0_3%2Fshishkin-guerra-putin-18f446b8-2b9d-11ed-b268-2b12b5640dc.shtml&usg=AOvVaw1UqnQ_M48Ld1Hoe56BweKA

Na Engenharia, as grandes soluções costumam ser encontradas depois de grandes desastres. Quando cai uma ponte, procuram-se métodos mais seguros para construir pontes. No Direito, é um pouco a mesma coisa, porque todo sucesso, todo caminhar adiante, vem de uma vitória contra o atraso, o absolutismo ou o arbítrio.

Não custa lembrar que, no Brasil, tivemos a ditadura de 1964 a 1985. Portugal teve o seu Estado Novo. E inúmeros países, inclusive da nossa comunidade, têm percalços de mesma natureza. É certo que o Brasil, na Constituição de 1988, teve um avanço notável. Pela primeira vez ficou explícita a igualdade de direitos de homens e mulheres. Já o artigo primeiro constitui o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Que é o mesmo que faz a Constituição de Portugal no seu artigo segundo.

Se pudermos recorrer um pouquinho à literatura fantástica, além das utopias, que são projetos de felicidade, projetos de equilíbrio, temos também as distopias. George Orwell, no seu 1984, descreve um mundo de guerra, vigilância, manipulação, regime totalitário, governo interessado unicamente no poder.

O Estado Democrático de Direito é aquele baseado na liberdade, no reconhecimento de direitos, na busca de igualdade, na divisão de poderes, na eleição dos governantes, no respeito ao judiciário. Ocorre que todas essas coisas estão, de um modo ou de outro, sob ameaça.

Vivemos uma fase crítica, ainda agravada pela pandemia e pelos conflitos entre povos. O tema da liberdade acabou sendo invocado até como pretexto para vários tipos de manifestações autoritárias, com discursos nitidamente antidemocráticos.

Aldous Huxley, no Admirável Mundo Novo, de 1932, falava de tecnologia reprodutiva, hipnose, manipulação psicológica, e condicionamento para mudar a sociedade. Não podemos esquecer de Ray Bradbury, com seu Fahrenheit 451, que se transformou no notável filme de François Truffaut.^[2] Ele nos apresenta um

2. <https://www.youtube.com/watch?v=mPfbnbVkd0>

futuro onde os livros são proibidos, as opiniões próprias consideradas antissociais, o pensamento crítico suprimido. Isso adquire grande atualidade, quando querem banir livros de bibliotecas públicas em muitos estados americanos, país que se ainda apresenta como a maior democracia do mundo.

Margaret Atwood, no seu *O Conto da Aia*, bestseller que se transformou em bem sucedida série de televisão, apresenta, num futuro muito próximo, uma república onde não há mais jornais, revistas, livros, filmes; extingue-se a universidade; não há mais advogados; ninguém tem direito a defesa; os considerados criminosos são simplesmente fuzilados, e as mulheres são totalmente dominadas e transformadas em meras reprodutoras. Talvez seja essa a mais assustadora das distopias, com grande reverberação nos nossos dias.

Tudo isso tem muito a ver com o panorama de guerras que estamos enfrentando atualmente. A pandemia também contribuiu, e muito, para esse panorama terrível. As epidemias, as pestes, na verdade, são uma constante na história da humanidade. Tucídides já descreve uma peste na Grécia Antiga.

Shakespeare, que viveu em tempos de pandemia, nunca escreveu diretamente sobre a peste, mas tem um episódio conhecido que em geral não associamos à doença. *Romeu e Julieta*, que todos conhecemos, morreram porque Frei João, que devia levar a mensagem a Romeu em Mântua, revelando o estratagema, foi deixado em quarentena e não conseguiu chegar, pois grassava a peste.^[3]

Na recente pandemia, o que vimos foi um grande desprestígio da ciência, com informações manipuladas por alguns governos. Até em função desse negacionismo, parte da humanidade hoje não acredita na ciência e duvida da vacina. Mesmo a tradicional imunização contra as moléstias comuns caiu muito no Brasil, trazendo o risco de doenças que haviam sido erradicadas com uma simples gotinha, como a devastadora poliomielite.

3. “Fui procurar um frade de nossa ordem de pés descalços, que visita os doentes, para ir comigo a Mântua, mas os guardas da cidade, pensando que tivéssemos estado numa casa dominada pela pestilência, logo fecharam as portas, não deixando que saíssemos. Desta arte minha pressa de ir a Mântua ficou parada”.

Um relatório do Conselho Nacional de Inteligência do Estados Unidos^[4], de 2020, afirma que a maior perturbação mundial, depois da Segunda Guerra, foi a pandemia, e que ela amplificou e acelerou os efeitos de mudanças profundas, como nenhuma geração antes de nós teve que enfrentar em tempos de paz. O documento procura antecipar as transformações do mundo até 2040. Eles ainda não estavam, entretanto, vendo os efeitos da guerra.

Revolução digital, inteligência artificial, engenharia da matéria viva, aquecimento climático, baixa de natalidade, tensão nas sociedades. E aí, diz a análise: essas tendências criam um contexto geopolítico conflitual e instável, com o qual nós vamos precisar conviver nos próximos 20 anos.

Existe a possibilidade, assim, de que a mundialização prossiga de maneira caótica, marcada por uma rivalidade entre a América e a China, agravada por outras questões, como a instabilidade demográfica, a urbanização rápida, e a má gestão das terras, que exacerba os efeitos da mudança climática.

Por outro lado, a diferença entre as expectativas, a necessidade da população, e a oferta limitada de recursos pelos governos, gera tensões, diminuição do crescimento, e incerteza nas perspectivas de emprego.

Concluindo esse quadro de terror, quais são as consequências possíveis? Instabilidade política, que nós já estamos vendo; divisão da sociedade, polarizada; alta do populismo; ondas de violência. Outra consequência desse estado de coisas, talvez a mais grave, é a erosão da democracia, e a erosão da própria ideia de democracia.

Nossa agência brasileira de inteligência, que atende ao governo, embora com frequência não seja ouvida pelo governo, conclui também que haverá mudanças entre nós, principalmente em função da questão ambiental, que vai agravar a questão social.^[5] Nesse quadro, e tentando fugir ao pessimismo, surge a grande questão: o quê podemos fazer?

4. <https://www.dni.gov/index.php/gt2040-home>

5. Revista Brasileira de Inteligência. Brasília: Abin, n. 7, jul. 2012

Frédéric Worms procura enfrentar o problema sem rodeios no livro *Les maladies chroniques de la démocratie*,^[6] publicado em 2017. Uma de suas observações mais importantes é que o discurso antidemocrático, antes submerso, parece ter se liberado, se livrado de seus complexos:

“Parece que passamos em quase trinta anos de um extremo a outro, no que diz respeito à democracia. Em 1989, ao menos na França, a considerávamos conquistada nos fatos e nas ideias. O tema do estado de direito tinha acompanhado os movimentos dissidentes do leste europeu, e a queda do muro de Berlim tinha coincidido com o bicentenário de uma Revolução centrada nos ‘direitos do homem’. E eis que trinta anos de história parecem ter invertido tudo. O que parecia simples regressão aqui e lá se tornou uma vaga mundial nas ideias e também nos fatos, e mesmo na França alguns questionam o princípio do estado de direito. Espantosa passagem de uma época a outra?”

Também entre nós aparecem críticos ferozes da democracia, seja à extrema direita, que cultiva uma suposta nostalgia do regime militar, seja à esquerda, que não vê como derrotar o poder hegemônico apenas seguindo as regras do jogo.

A maioria dos jovens, assim entendidos os que ainda não estavam na escola em 1985, ou seja, que agora estão na faixa dos 40 anos, não têm a mais pálida ideia dos males do autoritarismo e dos horrores por que passou o Brasil, com a restrição de todas as liberdades, inclusive de expressão e dos meios de comunicação, a censura, o exílio, as prisões, a tortura e o clima de medo que assombrava os cidadãos. Esses jovens podem se tornar, assim, presa fácil de um discurso de “ordem” que prometa uma ilusória sensação de segurança e progresso .

Uma conclusão, aparentemente óbvia, de Frédéric Worms é que não se pode remediar aos males da democracia pelo recurso a seu contrário, a tirania. Ao reiterar sua confiança no estado de direito, o filósofo lembra a obra que

6. Éditions Desclée de Brouwer, 2017, ebook.

Alexandre Koyré escreveu no exílio, em 1945: “Prestem atenção: não deixem o desprezo da lei se estabelecer e se propagar no seio (do Estado). O desprezo da lei é o veneno que dissolve a cidade; o desprezo da lei conduz à anarquia e esta conduz em linha reta à tirania”.

Não é outro o registro dos iluministas, na Enciclopédia coordenada por d’Alembert e Diderot, entre 1751 e 1780: “Tirania é todo governo injustamente exercido sem o freio das leis”. “O princípio da democracia se corrompe quando o amor pelas leis e pela Pátria começa a degenerar, quando a educação particular e a geral são negligenciadas, quando o trabalho e os deveres passam a ser considerados incômodos. Então, a ambição entra no coração dos que podem recebê-la, e a avaréza entra em todos. Essas verdades são confirmadas pela história”. “Despotismo é o governo tirânico, arbitrário e absoluto de um só homem”. “A democracia é uma das formas simples de governo, na qual o povo, em corpo, detém a soberania. Toda República na qual a soberania reside nas mãos do povo é uma democracia”.

É preciso insistir, por incrível que pareça, em que uma das principais características da democracia é a possibilidade de alternância no poder. A condição desse regime é que cada contendor saiba que é possível que seu adversário vença e que, nesse caso, será necessário aceitar a eventual derrota. Faz parte das regras do jogo, também, que algum tempo depois ocorra nova disputa. E aí, novamente, o perdedor, qualquer que seja, terá que se curvar.

Parece um contrassenso que, ao discutir a política da segunda década do século XXI, seja preciso reafirmar que seu alvo principal, do qual não podemos nos afastar, é o fortalecimento da democracia e da representação.

“Nos países de governo constitucional representativo”, escreveu Rui Barbosa, “é a eleição o ato mais importante, porque, bem que sejam todos os poderes delegações da nação, nunca se afirma tão diretamente a vontade do povo, na direção regular a dar ao Estado, como durante a consulta das urnas”.^[7]

7. Obras Completas de Rui Barbosa, V. 2, t. 2

É preciso levar em conta as transformações que os instrumentos de luta política foram assumindo. Na virada dos anos 50 para os 60, a televisão tornou-se a principal fonte de informação e substituiu o papel dos jornais e do rádio. O debate na televisão tornou-se a forma mais espetacular de diálogo entre adversários políticos, podendo em questão de minutos decidir a sorte de uma eleição, como demonstrou Roger Gerard Schwartzberg no seu “O Estado Espetáculo”.^[8]

Por outro lado, as pesquisas de opinião, ao mesmo tempo em que captam os movimentos de opinião pública, são também importantes instrumentos de formação dessa mesma opinião pública .

A era subsequente, ainda não totalmente compreendida, é a das redes sociais. O fenômeno, já chamado de “webiscito”, tornou-se nova forma de atuação, que pode, mais ainda do que as pesquisas, criar ou destruir reputações, além de se tornar termômetro de credibilidade dos governos. Embora possa se prestar a todo tipo de manipulações, seria ilusório imaginar, a curto prazo, um controle eficaz da internet ou até mesmo a possibilidade de responsabilização dos perigosos piratas da rede.

A interferência de hackers russos nas eleições dos Estados Unidos ou da França seria inimaginável até recentemente, mesmo como tema de ficção. E cada vez surgem mais evidências de que piratas cibernéticos de Moscou prejudicaram a campanha de Hilary Clinton e favoreceram a eleição do republicano e conservador Donald Trump em 2016.

Por outro lado, os estrategistas da manipulação nas redes não escondem mais seus métodos e os anunciam como produto a ser adquirido no mercado internacional. Como assinala Frédéric Worms, se a rede abre acesso à ampla informação e à resistência à tirania, permite também a difusão de mentiras e principalmente de suspeitas e de um cinismo generalizado.

8. *État Spectacle (L)* : Essai Sur Et Contre Le Star System En Politique e *L'Etat spectacle 2*: politique, casting et média

Hoje é bem estudado o fenômeno do populismo. Yan Algan o define basicamente como produto de dois fatores. De um lado, o ressentimento contra os partidos e as instituições políticas. De outro, uma sociedade cada vez mais individualista.^[9] E acrescenta que a direita populista surge no cruzamento de uma dupla desconfiança, em relação às instituições políticas e à sociedade.

Bertrand Badie e Dominique Vidal coordenaram uma publicação, em 2019, sobre a volta dos populismos.^[10] O prefácio tem um título sugestivo: O Eterno Retorno. O populismo não é uma hipotética corrente política ou ideológica. Ele traz a marca de uma dupla patologia, que ataca as instituições e o quadro político, com frequência numa situação de desamparo econômico e social, frente a situações de frustração ou alienação. O líder populista procura se diferenciar, tentando tirar proveito dessa conjuntura com uma postura messiânica ou de chefe infalível e salvador.

O populismo tem sido um caminho comum para as ditaduras, também hoje bem estudadas e conhecidas. O filósofo Michel Onfray aponta sete pistas na construção de uma ditadura, entre as quais destaque destruir a liberdade, abolir a verdade e propagar o ódio.^[11]

O século dos ditadores, analisado em livro organizado por Olivier Guez, traça o perfil de 22 ditadores, que teriam em comum uma sede de poder baseada na banalização do terror, a desconfiança contra os semelhantes, e o desprezo profundo pela vida humana e por qualquer forma de liberdade.

O uso do medo nos regimes autoritários é uma constante, como demonstram Patrick Boucheron e Renaud Payre.^[12] Medo da recessão, espectro da guerra, ameaça de terrorismo: o medo sempre foi, ao fio dos séculos, uma arma política temível e um instrumento exemplar de repressão.

9. Les origines du populisme, Yann Algan, Martial Foucault, Elizabeth Beasley, Daniel Cohen, SEUIL, 2019.

10. Le retour des Populismes. L'État du Monde 2019, La Découverte, Paris

11. Théorie de la dictature, Michel Onfray, ROBERT LAFFONT, 2019

12. Patrick Boucheron, Renaud Payre e Corey Robin, Exercice de la peur. Usages politiques d'une émotion. Presses Universitaires de Lyon, 2015.

A tentação autoritária leva a caminhos muito perigosos. As nossas jovens gerações, que não viveram a ditadura, não sabem o horror que elas acarretam. Há pessoas que acham graça no autoritarismo, que repudiam as boas ideias que estão na Constituição de 1988, e que votam em candidatos que não têm compromisso com os direitos humanos e com o ideal democrático. Acabam por eleger esses postulantes que afrontam as melhores conquistas da nossa civilização, como o respeito às mulheres, à ciência, à diversidade e ao respeito a todos, sem qualquer distinção.

Não há solução mágica, a crise é profunda e o próprio conceito de Estado Democrático de Direito está sendo contestado. Os Estados Unidos viram a inédita tentativa de invasão do Congresso, logo após a última eleição presidencial, o que nem os autores de distopias ou filmes de ação teriam conseguido imaginar.

As eleições presidenciais de 2022, no Brasil, foram precedidas de grande contestação às seguras urnas eletrônicas, de ataques ao judiciário e de ameaças de golpe. No panorama europeu, vemos um grande avanço de candidatos e partidos que contestam a democracia e propagam soluções autoritárias.

Para entender melhor esse fenômeno, podemos e devemos recorrer às lições de psicologia social. Dois estudos precursores já obtiveram ampla consagração. Gustave Le Bon (1841-1931), considerado o fundador da Psicologia Social, publicou *A psicologia das multidões*, ainda no século XIX (1895), e depois, em 1911, sua obra mais popular, *As opiniões e as crenças*.^[13]

Em seguida, temos Freud com sua *Psicologia das Massas*, que parte do próprio Le Bon: “Em vez de dar primeiramente uma definição, parece-nos mais adequado começar com uma referência ao campo dos fenômenos e dele retirar alguns fatos especialmente notáveis e característicos, dos quais poderá partir a investigação. Conseguiremos as duas coisas se recorrermos ao livro justamente famoso de Le Bon, *Psicologia das Massas*.”

13. Os dois estão disponíveis no Kindle.

Já na Grécia, Sócrates, citava Fedro: “ para aquele que se destina a ser orador é absolutamente desnecessário ter aprendido o que constitui a realidade da justiça, mas antes o que dela pode pensar a multidão, que precisamente deve decidir; não tanto o que realmente é bom ou belo, mas o que ela pensará a respeito disso. Eis aí, de fato, qual é o princípio da persuasão, mas não da verdade”^[14]

A psicologia social contemporânea confirma esses estudos iniciais, mas ainda não é devidamente levada em conta na análise política. Uma matéria do New York Times^[15] mostra as limitações da razão e a tendência que tem as pessoas de acreditar nas informações que confirmam suas crenças. Ao rejeitar os dados que desmentem suas convicções, a tarefa da razão passa a ser a de tentar evitar ser vencido pelos que pensam de modo diferente. O mais importante aqui seria não o intelecto, mas a sociabilidade, o fato de se identificar com um grupo, o que é muito perigoso em política.

Forma-se uma espécie de convicção de manada, tão ou mais irracional do que os embates de torcidas de futebol, que chegam a provocar a morte de adversários. Se rejeitarmos como inconvincentes todas as informações que contradizem nossa opinião, afirmam Sloman e Fernbach, “você tem, bem, a administração Trump. É assim que uma comunidade de conhecimento pode se tornar perigosa.”

O psiquiatra Jack Gorman examina a distância entre o que a ciência diz e o que dizemos a nós mesmo, utilizando o caso da rejeição das vacinas, estimulado por governantes como Trump, por exemplo.

Num quadro de desordem e desmandos, a tentação autoritária cresce de maneira assustadora. E os combates irracionais se multiplicam. É preciso que a política, qualquer que seja, reforce a confiança na democracia, único regime no qual o Estado Democrático de Direito pode prevalecer.

14. Apud Santiago, Silvano, Uma literatura nos trópicos, Rocco, 2000

15. Why Facts Don't Change Our Minds | The New Yorker 04/09/2022 e Books February 27, 2017
<https://www.newyorker.com/magazine/2017/02/27/why-facts-dont-change-our-minds>

A democracia é, com certeza, o menos ruim dos sistemas de governo. O Estado de Direito é o quadro no qual ela se desenvolve. E a eleição, qualquer que seja seu resultado, é o método pelo qual ela se exerce.

O Estado Democrático de Direito que desejamos é aquele construído pela história, com base na liberdade, no reconhecimento de direitos, na busca de igualdade, na divisão de poderes, na promoção da cidadania, do pluralismo e do bem estar das pessoas.

Evitando a violência, aperfeiçoando os mecanismos de representação e procurando afastar ao máximo a influência do poder econômico e de qualquer forma de manipulação da opinião, estaremos contribuindo decisivamente para a sobrevivência da democracia.

Democracia e o Dever Fundamental de Combater a Mentira

*DEMOCRACY AND THE FUNDAMENTAL
DUTY TO COMBAT THE LIE*

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas
pela Universidade de Lisboa/Portugal. Professor
de Direito Constitucional da Universidade
Federal da Bahia (UFBA) e da Universidade
Estadual de Feira de Santana (UEFS).
Advogado e Professor.

Sumário

1. Introdução – Da inexistência do livre-arbítrio num ambiente de notícias falsas.
2. Do dever fundamental de combater a mentira.
3. Educação e o estímulo à busca de informações qualificadas.
4. Referências bibliográficas.



Resumo

Busca o presente artigo demonstrar como as fake news promovem a erosão do Estado Democrático, pois não se pode admitir o exercício da liberdade de escolha, de livre-arbítrio, num ambiente em que prevalece a manipulação das informações, inexistindo um direito fundamental de mentir em detrimento do valor constitucional da verdade.

Palavras-chave: Democracia; Combate; Fake News; Verdade; Valor Constitucional.

Abstract

This article seeks to demonstrate how fake news promotes the erosion of the Democratic State, since the exercise of freedom of choice, of free will, in an environment where manipulation of information prevails, in which there is no fundamental right to lie in detriment of the constitutional value of truth.

Keywords: Democracy; Combat; Fake News; Truth; Constitutional Value.

1. Introdução – Da inexistência do livre-arbítrio num ambiente de notícias falsas

Dentre os vários problemas enfrentados pelo Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, avulta-se o crescimento da indústria da mentira e suas consequências para o desmoronamento das Instituições democráticas.

Nesse sentido, as mentiras promovem a erosão do Estado Democrático, não se podendo admitir exercício de liberdade de expressão para justificar um inaceitável direito fundamental de mentir em detrimento da verdade, que é um inegociável valor constitucional.

De fato, o Estado democrático depende da verdade, na medida em que não se pode admitir o exercício da liberdade de escolha, de livre-arbítrio, num ambiente em que prevalece a manipulação das informações. Em outras palavras, não existe democracia sem liberdade de escolha e o exercício da escolha funda-se no conhecimento da verdade. Presume-se, pois, que a verdade assegura o exercício das liberdades, devendo ser tomadas providências contra os falsários que disseminam as mentiras, assim como aqueles sujeitos que são coniventes com o uso das mentiras no Estado Democrático.

Sucede que quando tratamos da sofisticação do uso das mentiras, podemos identificar pelos menos três linhas de estudos, conforme nos ensina a Professora Raquel Cavalcanti Ramos Machado ^[1]: a) a de que os Poderes Constituídos e os órgãos de Estado podem ser vítimas das fake news; b) a de que os poderes devem tomar providências para que não se permita a

1. Cf. a excelente palestra ministrada pela Professora Raquel Cavalcanti Ramos Machado, no II Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise, 26 de maio de 2021 sobre o tema “A Mentira no Ventilador e os Ventos Democráticos no Século XXI” (<https://youtu.be/LZErVn4F6u0>).

propagação de fake news e c) também a de que os poderes constituídos podem ser os responsáveis pela propagação indevida das fake news.

Sem embargo, a crise da democracia passa pela utilização da mentira contra os Poderes, pela omissão dos Poderes em adotarem providências contra a sua proliferação e pela sua inadmissível utilização por parte dos Poderes. De fato, devem ser responsabilizados nas mais diversas esferas: ética, administrativa, civil, penal, os agentes públicos que comprometem o Estado democrático, difundindo desordem informacional ou sendo tolerante com sua disseminação em prejuízo do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais.

2. Do dever fundamental de combater a mentira

Não há garantia dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade, em respeito à solidariedade. É inerente ao Estado Social que os titulares dos direitos fundamentais passem a cumprir uma tarefa de redistribuição, assumindo os indivíduos uma série de obrigações concretas para contribuir na ordem social, visando proteger interesses transindividuais.

De fato, a construção de um Estado de Direitos Fundamentais ultrapassa necessariamente um Estado atento à aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais que se colocam ao serviço da pessoa humana: o respeito pelas vinculações emergentes de certos deveres fundamentais é tão essencial para a tutela do ser humano e da sua dignidade como os próprios direitos fundamentais – se é certo que os direitos pressupõem deveres, também é verdade que os deveres escondem direitos ^[2].

Sucedo que o dever fundamental de defesa do regime democrático ultrapassa o dever constitucional de buscar a verdade, de perquirir informações qualificadas, visando o combate intransigente à mentira.

2. Cf. PAULO OTERO, Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I, Coimbra, 2007, p. 539. Nesse mesmo sentido, CASALTA NABAIS, Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais, Coimbra, 2007, p. 315.

Sem embargo, se existe o direito fundamental de acesso à informação verdadeira no contrato social firmado pelo cidadão com o Estado, existe o dever fundamental do cidadão em prestar, fornecer informações verídicas perante o Estado; se existe o direito do cidadão em oferecer petição, oferecer denúncia em face às práticas ilícitas praticadas por terceiros que atentam contra a ordem pública, há o dever por parte das autoridades públicas competentes em inibir o processamento de denúncias caluniosas e divulgação de mentiras contra desafetos ou colaborações premiadas por parte de inescrupulosos delatores com base em mentiras objetivas, traduzindo-se em alegações que são notoriamente incompatíveis com os fatos de conhecimento público e cujos elementos de corroboração apresentadas não correspondem à própria narrativa realizada, consistindo, portanto, em alegações impossíveis, pois são incompatíveis com a realidade fática. As Instituições democráticas não podem ser coniventes com mentiras ou do contrário, estamos diante de uma inversão dos valores republicanos que promoverá a erosão da credibilidade de Instituições que têm respaldo perante a sociedade.

Sem sombra de dúvidas, estamos ultrapassando uma sofisticada campanha permanente de manipulação ou engano de informações por falsários que querem promover o caos das Instituições Democráticas e assassinar reputações, promovendo uma desconfiança generalizada dos Poderes Constituídos e dos agentes públicos. Para os falsários, a ordem é a desordem e a desconfiança é princípio basilar para desacreditar pessoas e Instituições que podem confirmar fatos que não lhes interessam. Como ensina o Professor Titular de Comunicação da UFBA, Dr. Wilson Gomes, fake news é informação fabricada com base em parcialidade e distorções com o propósito de confundir o destinatário do ponto de vista cognitivo ^[3].

Na era da pós-verdade, das verdades alternativas, do negacionismo, busca-se descredenciar as Instituições por meios de notícias falsas, implicando a incredulidade de Instituições que tem legitimidade em buscar a verdade, pois

3. Palestra ministrada pelo Professor Wilson Gomes, no II Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise, 26 de maio de 2021 sobre o tema “Comunicação Política, Liberdade de Expressão e Fake News” (<https://youtu.be/LZErVn4F6u0>).

só existe a verdade que interessa à milícia digital em detrimento dos órgãos de imprensa, da ciência, dos membros do Poder Judiciário, das Universidades.

Sucede que a sociedade humana sempre viveu com a deturpação da verdade, com o surrupio dos fatos verídicos e eventuais boicotes à memória, não havendo políticas públicas concretas que instrumentalizassem todos os cidadãos a impedir a manipulação da verdade para atender os interesses dos falsários.

Daí que, em que pese o uso das fake news não se traduzir num problema novo, tornou-se um fenômeno contemporâneo a sua propagação desenfreada diante uma sociedade do espetáculo, analfabeta funcional, que é consumidora e disseminadora de notícias falsas na condição de um inocente útil, bem como é manipulada para atender estratégias de poder. Em outras palavras, a desordem informacional, através da fake news, visa cumprir uma estratégia de poder político, econômico, social, classista, institucional.

Sem embargo, nesses últimos quatro anos, houve a intensificação das mentiras em campanhas permanentes em desmorrar a legitimidade das Instituições, assassinar reputações, demonizar adversários, promover ruptura institucional, pânico moral e criar distrações, visando atender projetos de poder ^[4]. Não existem limites para atentar contra os resultados da ciência, contra a imagem de membros dos Poderes Constituídos, dos resultados obtidos pelas vacinas contra a covid, entre outras matérias.

Mas como promover o combate à desordem informacional sem comprometer a liberdade de expressão? Como poderá ocorrer o controle das notícias falsas numa sociedade que de forma esmagadora se informa por aplicativos de conversa e que não tem condições econômicas de conferir, averiguar a fonte das informações repassadas em grupos de WhatsApp por limitação dos próprios planos de dados de internet limitados? Promovendo o controle das campanhas massivas permanentes, identificando seus financiadores; adotando estratégias não regulatórias e multisetoriais com

4. Sobre o tema das fake news como projeto de poder, cf. a excelente palestra ministrada pelo Professor Diogo Rais, no II Seminário sobre Democracia e Poderes em Crise, em 26 de maio de 2021 sobre o tema “Direito Eleitoral Digital e Fake News” (<https://youtu.be/LZErvn4F6u0>).

a participação da sociedade civil para replicar informação verdadeira qualificada. Devem, pois, ser incentivadas políticas sobre a importância de se buscar a verdade dos fatos, pois a desinformação implica dominação e vulnerabilidade.

3. Educação e o estímulo à busca de informações qualificadas

Como considerações finais, impende invocar duas expressões emblemáticas de Edgar Morin, em recente livro publicado em comemoração ao seu centenário intitulado: “Lições de um século de vida”^[5], em que ela trata dos efeitos nefastos do sonambulismo tardio e o erro de subestimar o erro.

Com efeito, não podemos menosprezar a experiência da inconsciência sonambúlica inerentes às épocas que precedem e preparam os desastres históricos; as enormes consequências dos erros, cegueiras e ilusões dos dirigentes e das populações; a da incapacidade de constatar o caráter novo dos totalitarismos com base em mentiras que se transformam em fonte de erro quando nelas se acreditam, transformando os cidadãos em enganadores e enganados, conduzindo-os ao desinteresse pela verdade, em detrimento do dever constitucional da busca da verdade.

Em outras palavras, não podemos permitir a erosão da democracia diante de estruturas que fortalecem comportamentos inautênticos coordenados, transformando mentiras em verdades que não serão mais objeto de checagem.

Nesse sentido, o combate à desinformação depende do exercício de cidadania ativa de se inibir a letargia pela busca de informações qualificadas, pois o dever fundamental de defesa do regime democrático ultrapassa o dever constitucional de buscar a verdade e combater à proliferação da mentira.

Entretanto, como pode haver exercício de cidadania ativa de combate à manipulação de informações num país de analfabetos funcionais? Como

5. Cf. Lições de um século de vida, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2021.

cidadãos que não tiveram seu direito de acesso à educação de qualidade minimamente garantido pelo Estado e que leem informações manipuladas por milícias digitais através de aplicativos de conversa podem exercer juízo crítico para não serem conduzidos por estratégias de poder?

Dentre as estratégias que podem ser adotadas para inibir e minimizar os irreparáveis prejuízos causados pelo crescimento desenfreado das notícias falsas em todas as searas, faz-se necessário motivar atualizações necessárias no eixo de formação mínimo obrigatório do ensino básico. Ao lado das disciplinas que consubstanciam o conteúdo dos valores considerados imprescindíveis à manutenção do Estado Democrático, as crianças e adolescentes devem também estudar os mecanismos de participação na democracia substancial que estimulem à análise da relevância pela busca por informações qualificadas num Estado Democrático, razão pela qual, a temática do combate à desinformação deve ser matéria constante nos diversos Projetos de Lei que estão em curso para alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e a legislação correlata. A educação a única forma de interromper o ciclo de disseminação de fake news, tendo sido incluída na Base Nacional Comum Curricular (BNCC), recentemente, a disciplina educação midiática ^[6].

4. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CÍCERO, Marco Túlio. Dos Deveres. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORIN, Edgar. Lições de um século de vida. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2021.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2004.

6. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/27/fake-news-se-combate-com-educacao-dize-m-especialista-listas-em-audiencia-na-ce>

_____. Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. O ensino obrigatório como dever fundamental no Estado Constitucional Democrático. Tese (Doutorado em Direito. Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

_____. Introdução ao estudo dos deveres fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2009.

A Importância Lusófona nas Grandes Instituições Internacionais de Advogados

THE LUSOPHONE IMPORTANCE IN THE BIG INTERNATIONAL LAW FIRMS

Paulo Lins e Silva

Presidente de Honra da UIA.
Presidente de Honra da FIA.
Membro da OAB-Seção do Rio de Janeiro.
Membro da OAP-Seção de Lisboa.
Associado Fundador da FALP.

A Importância Lusófona nas Grandes Instituições Internacionais de Advogados
Paulo Lins e Silva



Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a importância lusófona nas grandes instituições internacionais de advogados. Iniciado em 1987 e concluído em 1990, o processo de reconhecimento de liderança da OAB na Federação Interamericana de Advogados, uma das mais prestigiadas organizações internacionais de advogados, marcou o início do crescimento e da exteriorização da ordem dos advogados do Brasil e conseqüentemente, com a participação direta da ordem portuguesa a expansão da influência e cultura lusófona no mundo e conseqüentemente nas demais organizações, movimento esse que continua cada vez mais forte até os dias atuais.

Palavras-chave: Internacionalização, globalização, lusófona, influência, cultura, expansão.

Abstract

This article seeks to demonstrate how fake news promotes the erosion of the Democratic State, since the exercise of freedom of choice, of free will, in an environment where manipulation of information prevails, in which there is no fundamental right to lie in detriment of the constitutional value of truth.

Keywords: Democracy; Internationalization, Globalization, Lusophone, Influence, Culture, Expansion.

Esse tema que escolhi tem um valor histórico de importância e iremos demonstrar a importância de nossa cultura Lusófona, presente em todas as Instituições Internacionais de Advogados, com destaque. Afinal somos quase 1/3 (hum terço) dos advogados de nosso Universo.

Assume em 1987 a Presidência do Conselho Federal da OAB, o Dr. Márcio Thomás Bastos e numa reunião informal, que tive com ele, no Rio de Janeiro, dias após a sua posse, sabendo que eu já participava de algumas organizações internacionais de advogados, convidou-me, para organizar essa parte internacional da OAB, que estava bem inexpressiva no contexto Mundial.

Já era membro da FIA (Federação Interamericana de Advogados), desde 1977 e ativamente participava desta instituição onde era Vice Presidente do Comitê de Direito Civil. Gostava muito e sempre tive um amor especial esta atividade, no exterior.

O então Bastonário Brasileiro, Márcio Thomas Bastos, resolveu criar nessa época, a Assessoria de Relações Internacionais (ARI). O Presidente Márcio, reservou um pequeno espaço, numa sala no Conselho Federal, que na época se alojava na Seccional do Distrito Federal. Aí despachava, redigia respostas às cartas e convites recebidos e participava ao Presidente Márcio de tudo o que se realizava no exterior, envolvendo o advogado. Era um preso no Aeroporto de Lisboa, outra tendo ataque de loucura num hotel em Paris, tudo isso que chegava na OAB, já era direcionado para a ARI opinar.

Nessa fase, a advocacia brasileira, era representada no exterior, ora pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), na FIA. Na UIA (Union Internationale des Avocats), pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e igualmente na “International Bar Association” (IBA). Conseguimos nesta última, já num Congresso em Buenos Aires, ascender a nossa OAB, em 1987, para a liderança em tal instituição e em 1988, iniciar o processo

de reconhecimento de liderança da OAB na Federação Interamericana de Advogados, o que foi efetivamente conseguido em 1990, já na gestão do Presidente Ophir Filgueiras Cavalcante, que resolveu dar prosseguimento à evolução internacional que Márcio, havia iniciado.

É muito importante dizer para os senhores que tivemos pensamentos e orientações diversas dos Presidentes que assumiram o comando da OAB. Alguns, com muito interesse em desenvolver a Comissão ou Assessoria Internacional, outros um pouco distantes, sem interesse nesse setor, mas deixando permanecer, sem extinguir tal assessoria ou comissão internacional da OAB.

Mas eu quero ressaltar a todos, que é muito importante enfatizar o crescimento, nesses últimos anos, da nossa Ordem no exterior e da cultura Lusófona, com a participação direta da Ordem Portuguesa e de outros países das mesmas origens.

Na gestão da OAB do Presidente Reginaldo Oscar de Castro, ele, esteve fora do Brasil, em quase todos os eventos internacionais, participando ativamente em Congressos e reuniões de lideranças de advogados, ressaltando duas idas à Paris, para a mais importante solenidade anual de advogados, a famosa e tradicional “Rentrée du Barreau”, que uma solenidade importante internacional, na Europa, das Ordens dos Advogados, organizada pelo “Barreau de Paris”. Esteve também o Presidente Reginaldo, na Organização das Nações Unidas, em reunião da União Internacional dos Advogados, com voz, expondo um ponto de vista desafiante, envolvendo direitos humanos no Continente Americano. Recordo também da participação ativa de nosso Presidente Reginaldo na reunião anual da ABA-American Bar Association, o organismo máximo dos advogados norte-americanos, quando foi convidado de honra para a reunião ocorrida em Nova York. Reparem as duas maiores instituições mundiais de advogados estavam lá representadas, a ABA e a OAB, que hoje juntas superam o número de 2 milhões de profissionais regularmente inscritos.

Tivemos, realmente, um desenvolvimento extraordinário, nesta fase da presidência do Dr. Reginaldo Oscar de Castro. E, seu interesse pela Comissão de Relações Internacionais era tão grande, que ele foi designado pelo seu sucessor, Presidente Rubens Approbato Machado, a dar seqüência, assumindo o comando da Comissão de Relações Internacionais (CRI). Isso foi importante para a nossa OAB, pois deu continuidade a um trabalho de mostrar ao Mundo a potencialidade de nossa Ordem já reconhecida internamente no Brasil. Hoje tal desenvolvimento está vindo a contribuir com os advogados de origem Lusófona, no crescimento e potencial da nossa cultura.

Como é que se configuram as instituições internacionais de advogados?

Primeiramente, queria falar para os senhores sobre a Federação Interamericana de Advogados (FIA). Ela foi fundada em 1940 e tem, como participação, 40 Ordens e Colégios Nacionais de Advogados. A Jurisdição dela vai desde o Alasca até o Cone Sul e em todos os países do Caribe. Há aproximadamente 15 anos, admitiu a FIA, a participação dos Colégios e Ordens dos países descobridores e colonizadores do Continente Americano, já tendo como participantes, Portugal, Espanha e França. Ela tem uma Presidência, um Presidente eleito e um “imediato passado”, além de uma diretoria com Secretário Geral, Subsecretário e um Tesoureiro. Toda a diretoria trabalha junto com um Comitê Executivo, que seria por analogia, composto de seus Ministros, com cinco membros. É importante informar e divulgar que todos os cargos diretivos desta instituição, são designados, por eleição direta de todos os Conselheiros e Presidentes Nacionais das Ordens e Colégios de Advogados do Continente Americano e dos Países Caribenhos. O mandato de todos os cargos é de um ano, não se conhecendo na história nenhuma reeleição de Presidentes.

A FIA, como nós chamamos - Federação Interamericana de Advogados, tem sede em Washington D.C. e sempre teve uma participação ativa de advogados brasileiros. Na sua fundação, em 1940, em plena 2ª Guerra Mundial, quando houve a necessidade da criação de um organismo máximo Continental para a defesa dos profissionais do Direito nas três Américas e no Caribe,

firmou a ata formal pela advocacia brasileira, o saudoso Professor HAROLDO VALLADÃO, sócio fundador e notório internacionalista. Já foram presidentes desta instituição, Edmundo de Miranda Jordão, em 1943/44, José Barbosa de Almeida (1954/56), Nehemias Gueiros (1967/1969), Paulo Lins e Silva (1998/9), André de Almeida (2011/12) e neste ano, assumiu em Agosto o ex-Presidente do IAB(Instituto dos Advogados Brasileiros), Fernando Fragoso.

Por que ela é importante?

Equivale-se a uma Ordem dos Advogados do Continente Americano. Possui assento e voz na OEA (Organização dos Estados Americanos), é organismo consultivo, mas sem direito a voto. Atua junto com todos os Colégios e Ordens Nacionais, em todos os problemas das defesas das prerrogativas do advogado que eventualmente esteja sendo perseguido, na luta pelo Estado de Direito. É uma Instituição importantíssima no Continente Americano. Ela tem membros individuais, coletivos e tem seus Comitês em todas as áreas científicas do Direito. A Seção de Advogados Jovens é muito ativa e participante. A FIA, anualmente em seus Congressos, premia os melhores trabalhos científicos apresentados. Possui a FIA aproximadamente 30 membros individuais brasileiros e estamos lutando para aumentar a sua participação, pois esta instituição como as outras, se espelham no fato de nós termos mais de 1 milhão de advogados, mas com uma tênue participação nos organismos internacionais embora crescente a cada ano.

A FIA, teve grande participação histórica, nas fases negras da democracia na América Latina, atuando de forma ativa no Chile, na Argentina e no Brasil, na fase militar. Recentemente no Peru, na fase de Fujimori, também teve uma atuação decisiva, junto com o Conselho Federal da OAB, na gestão do Pres. Reginaldo, as duas instituições (FIA/OAB), unidas e com um trabalho junto aos organismos internacionais, conseguiram libertar do asilo na Costa Rica, a Presidente do Colégio de Abogados de Lima, a Dra Delia Revoredo.

A outra Instituição é a UIBA - União Ibero-Americana de Colégios, Ordenes y Asociaciones de Abogados. É uma Instituição fundada em 1975,

com sede em Madrid. Tem por Jurisdição Portugal, Espanha e todos os países da América Latina. Organiza uma reunião anual e não tem membros individuais, somente coletivos. Possui organismos científicos com amplo desenvolvimento nos seus Congressos.

Outra instituição é a “IBA - International Bar Association” - com sede em Londres, que possui membros individuais e coletivos. E ela tem a sua hegemonia envolvendo as grandes firmas de advogados, as chamadas “Law Firms”. As Corporações de Advogados, integram a IBA, que organiza um Congresso anual. Já tivemos um brasileiro como Presidente o Dr. Horácio Bernardes Neto, que foi inclusive no Brasil, Presidente do CESA (Centro de Estudo das Sociedades de Advogados).

A IBA possui também seções científicas com um grande desenvolvimento nos Congressos, dividindo tais seções, pelas especializações da advocacia. O volume imenso de membros individuais, se justifica, pois, como disse as grandes firmas de advogados mantêm seus sócios e associados como integrantes da instituição, promovendo a participação anual em seus respectivos congressos.

Outra instituição, é a AIJA, Associação Internacional de Jovens Advogados, que tem sede em Bruxelas na Bélgica. É uma instituição muito importante para os jovens advogados participarem, porque ela admite como membros individuais advogados de até 45 anos. E ela tem uma atividade impressionante. Toda aquela força do jovem advogado, aquela vontade de vencer, de se estruturar, de um auxílio mútuo. Tenho tido muito contato com esta instituição.

Tivemos um momento histórico inusitado, em 1998, quando eu presidia a FIA e o Dr. Horácio Bernardes, a AIJA. Em todos os eventos internacionais estivemos juntos como convidados de honra, dois brasileiros liderando importantes instituições internacionais de advogados. Foi realmente emocionante aquele período para todos nós. Geralmente os membros individuais ao atingirem seus 45 anos de idade, fazem opção para seguir na UIA ou na IBA, sendo preferencial a primeira, pela multiplicidade de idiomas oficiais.

Na nossa cultura lusófona, tivemos além do Dr. Horácio Bernardes, outros Presidentes, portugueses, como os Drs. Duarte de Athayde e André Navarro de Noronha.

Temos também a WJA - World Jurist Association, que é uma instituição de juristas, composta não somente de advogados, mas também de Magistrados, membros do Ministério Público, Notários, em suma de toda a família que integra o Poder Judiciário. Não tem muita exteriorização de poder no exterior,

Outra de menor expressão é a AAJ - Associação Americana de Juristas, também de múltiplas atividades de profissionais do Direito na Jurisdição do Continente Americano.

No Continente Europeu, de grande importância também podemos destacar a CCBE (Conselho de Ordens e Barras da Europa), fundada em 1960, que já tivemos destacados Presidentes Lusófonos, como recentemente José de Freitas, Manuel Cavaleiro Brandão e José Manuel Coelho Ribeiro. Reparem que a nossa cultura está sempre participando com destaque em todas as instituições internacionais de advogados.

Finalmente gostaria de falar para os senhores, sobre a “UIA” - “Union Internationale des Avocats”, com sede em Paris. É a mais antiga, a mais tradicional instituição internacional de advogados que nós conhecemos em todo o Mundo. Fundada em 1927, ou seja antes mesmo de nossa OAB. De origem Lusófona, tivemos apenas 4 Presidentes, dois Portugueses, o Dr. Adelino da Palma Carlos em 1960 e recentemente o Dr. Pedro Pais de Almeida. Pelo Brasil tivemos o Professor Amoldo Medeiros da Fonseca, em 1950 e o subscritor desse trabalho, Paulo Lins e Silva entre 2006-7.

A UIA, possui um sistema “sui generis” de diretoria. Ela é considerada uma Ordem Mundial de Advogados, pois tem representação na ONU, OEA, OIT, OMC e na CCBE (Ordem dos Conselhos de Advogados da Comunidade Europeia). A UIA é considerada o porta-voz de todos os Advogados do Universo, na ONU, com assento e voz.

Ela possui um presidente em exercício, um presidente passado e quatro primeiros vice-presidentes, já eleitos, que assumirão em termos futuro a presidência da instituição. Os chamados Primeiros Vice-Presidentes, durante o hiato desses quatro anos, vão estudando e aprendendo todos os pormenores administrativos da organização, para quando atingir o momento de assunção no cargo máximo diretivo estar bem habilitado para suas funções.

Tive a honra de ser indicado pelo Conselho Federal da OAB, para participar das eleições que ocorreram dia 29 de junho de 2002, na Bélgica. Com muito orgulho e com a força da nossa Ordem, já consagrada no exterior, conseguimos 85% das intenções de voto, disputando as eleições contra um colega argentino, um italiano e outro do Vietnam. O argentino teve 12% e o italiano 1%. Isso foi uma emoção muito grande! Tivemos todo apoio também do Itamaraty, quando o Embaixador Synésio de Góes, lá presente também incentivava o apoio.

Nesse dia das eleições, em Bruxelas, estava ao meu lado, durante o escrutínio o ex-Bastonário da OAP, o Dr. José Miguel Júdice, que também emocionado, levantou as minhas mãos dizendo, “os advogados lusófonos venceram as eleições” recorro bem desse momento, pois também sou um advogado português desde 1987.

A UIA, é um organismo consultivo da ONU, onde possui cadeiras para a sua diretoria e voz, mas não voto, como afirmo acima. Anualmente organiza Congressos, sendo que o próximo será realizado em Dakar no mês próximo de outubro do ano em curso. Possui também uma atividade imensa na proteção aos Direitos Humanos, estando presente de forma direta e ativa, em todos os países onde o profissional do Direito está correndo risco do exercício da advocacia também. Anualmente se reúne na Organização das Nações Unidas nos Estados Unidos da América do Norte, em Viena e em Genebra para a discussão em nível mundial de problemas que envolvem advogados e interesses de todas as nações no campo da aplicação objetiva do Direito.

Na UIA, temos hoje constituído a Seção dos Advogados Lusófonos, onde anualmente nos Congressos, nos reunimos, ouvindo e trocando ideias

sobre o desenvolvimento de nossa advocacia, que como disse, hoje ocupa aproximadamente 20% ou 1/3 dos advogados de todo o Mundo.

Enquanto a “FIA” de quem falamos, por analogia é considerada uma Ordem do Continente Americano e dos Países Caribenhos, a “UIA”, se equivale e é considerada a Ordem Mundial dos Advogados. Ela tem sede em Paris e se compõe de membros individuais, hoje com aproximadamente quatro mil além dos membros coletivos, integrando quase 200 Ordens e Colégios Nacionais dos diversos países que integram o nosso Universo. Como todas, possui também seus Comitês Científicos, onde tive a honra de nos anos de 1990 até 1995, presidir o de Direito de Família. O Brasil, tem no momento aproximadamente 60 membros individuais integrando a UIA.

Enfim éramos em 1987, uns 2 a 5 advogados que participavam nas instituições internacionais de advogados. Hoje tudo mudou. O Conselho Federal da OAB, ainda possui sua Comissão de Relações Internacionais, o mesmo acontecendo com quase todas as Seccionais da OAB, que também tem constituída uma diretoria internacional.

Hoje em cada Congresso no exterior já vemos nas listas de participantes, entre 20 e 100 advogados brasileiros, integrando não somente como um mero inscrito, mas através de palestras nas seções científicas, se destacando na divulgação das nossas experiências práticas vivenciadas no dia-a-dia do exercício de nossa profissão, garantida pela instituição mais poderosa e forte de profissionais liberais pátria que é a OAB.

Hoje em cada Congresso no exterior já vemos nas listas de participantes, entre 20 e 100 advogados brasileiros, integrando não somente como um mero inscrito, mas através de palestras nas seções científicas, se destacando na divulgação das nossas experiências práticas vivenciadas no dia-a-dia do exercício de nossa profissão, garantida pela instituição mais poderosa e forte de profissionais liberais pátria que é a OAB.

Como organismos internacionais de advogados, de língua portuguesa, temos a UALP, fundada em 2002, mas integrada somente pelas Ordens dos

Advogados de Língua Portuguesa, cujos presidentes, geralmente bastonários ou ex-Presidentes das ordens de seus respectivos países, ocupam a liderança dessa instituição por 2 anos de mandato.

Finalmente, gostaria de falar aqui nesse trabalho, sobre a nossa FALP (Federação dos Advogados de Língua Portuguesa), fundada em março de 2020, que se destaca pela participação de advogados militantes nas Ordens de seus respectivos países de origem lusófona. Aqui não se trata de um Colegiado de Ordens, mas sim de advogados individuais. Nosso primeiro Presidente é o Dr. Pedro Pais de Almeida, da Ordem de Portugal, e Presidente de Honra da “Union Internationale des Avocats-UIA”, de cuja instituição já falamos.

Quero finalizar estimulando os senhores, jovens advogados e até colegas mais amadurecidos e experientes, que venham se inscrever nos organismos internacionais de advogados, principalmente em nossa FALP, que está se desenvolvendo no engrandecimento científico do Direito e estimulando o relacionamento de nossa cultura Lusófona, de grande importância no meio dos profissionais do Direito em todo o Mundo. .

Eu gostaria de mostrar para os senhores o quanto somos importantes e respeitados no exterior. Não existe organismo internacional que se reúna no exterior, sem que um advogado de cultura lusófona, esteja presente e participando cientificamente no campo de sua especialização.

Vamos nos unir pelo crescimento de nossa FALP, a filiando em todos os organismos internacionais e estimulando a inscrição de novos e jovens advogados para a sua consolidação e importância que faz jus no exterior.

O Umbigo de Adão

ADAM'S BELLY BUTTON

Eduardo Lycurgo Leite

Mestre e Doutor em Direito pelo
Washington College of Law – American
University (Washington, DC, EUA).
Advogado e Professor.

Sumário

1. Introdução.
2. Adão, Eva e seus umbigos.
3. Tudo azul, Adão e Eva e o Paraíso: sem pecado e sem juízo.
4. Referências bibliográficas.



Resumo

A partir da análise do texto Bíblico contido no livro Gênesis do Antigo Testamento e da perspectiva das pinturas criadas por grandes pintores da história, que retratavam a criação do homem, o presente texto faz uma análise da razoabilidade da existência de diversas formas como as normas podem ser interpretadas e a realidade pode ser vista, até chegar ao trabalho do advogado como um ser capaz de dialogar na divergência e compreender visões distintas sobre a realidade.

Palavras-chave: Advocacia. Profissão. Perspectivas distintas. Fatos. Interpretação legal.

Abstract

From the analysis of the Book of Genesis at the Bible and of the most famous paintings about the "Creation of Adam" this paper develops the argument that the mankind shall respect different opinions, points of views and perspectives, and that reality must never be the same. So, interpretation of law must vary from the perspective of different individuals with different experiences and knowledge. This paper also addresses the role of attorneys/lawyers as individuals that are used to work and dialogue on this scenario of different

Keywords: Legal Interpretation. The Legal Profession. Oposing views of facts and law.

1. Introdução

“Umbigo”, palavra simples que pode muito dizer e significar. Palavra que todos, num primeiro momento, sabemos identificar e o que significa, pois, todos o temos. Palavra que identifica aquela charmosa cicatriz, ou saliência arredondada, deixada pela queda do cordão umbilical que certa feita nos ligou à placenta materna, por onde nos alimentamos dos primeiros sopros de vida e do amor materno.

Parece uma palavra singela que nada poderia ter de relevante, ainda mais para o mundo jurídico, tão cercado de certezas e de normas.

Mas, é ela, ou melhor, a partir dela, que podemos refletir sobre os caminhos do diálogo, da interpretação da lei e da tolerância tão importantes para a advocacia e para a sociedade.

2. Adão, Eva e seus umbigos

A Bíblia, em seu Antigo Testamento, assim descrevia a criação do homem por Deus: *“E formou o Senhor Deus o homem do pó da terra, e soprou em suas narinas o fôlego da vida; e o homem foi feito alma vivente.”*^[1]

De acordo com a descrição feita na Escritura Sagrada do Cristianismo, o homem foi criado do pó da terra. Ele não nasceu, foi criado. Não veio de uma mulher, veio de Deus e teria sido feito à sua imagem e semelhança.^[2]

Se Adão veio da terra e fora feito à imagem e semelhança do Criador, não poderia ele ter um umbigo, pois, esse seria a ligação com o corpo daquela

1. Bíblia Sagrada, Antigo Testamento, Gênesis 2:7.

2. Bíblia Sagrada, Antigo Testamento, Gênesis 1:26-28.

que nos gera. Da mesma forma, Eva, que fora criada por Deus a partir de uma costela de Adão também não teria um umbigo.

Todavia, o que podemos perceber nas grandes obras de arte criadas durante a existência do homem, é que, quase sempre, Adão e Eva foram retratados com umbigos.

Na obra “A criação de Adão” (data aproximada 1511), que foi criada no teto da Capela Sistina, Michelangelo representou um episódio do Livro do Gênesis no qual Deus cria o primeiro homem a partir do pó da terra.

A imagem mostra Deus certado de anjos com o braço estendido e o seu dedo indicador quase que tocando o dedo indicador da mão esquerda de Adão, que está nu deitado sobre a terra.

Nesse belo afresco de Michelangelo, Adão é retratado como um homem igual a todos nós, inclusive com o seu umbigo.

O pintor flamengo Jan Gossaert, por volta de 1510, inspirado numa obra (gravura) de Albrecht Dürer de 1504 com o tema “Adão e Eva”, pintou o seu quadro “Adão e Eva”, nele retratando Adão e Eva com seus corpos nus (com as genitálias cobertas por folhas) próximos de uma macieira, tendo Eva uma maçã em sua mão direita estendida como se a oferecesse para Adão. Gossaert retrata os corpos de ambos – Adão e Eva – com os mesmos elementos que retrataria o de outros humanos, inclusive seus umbigos.

Dürer ao pintar Adão e Eva em quadros separados, que hoje compõem o acervo do Museu do Prado, também os fez com corpos desnudos, porém cobrindo-lhes as genitálias com folhas. Todavia, lhes retratou com umbigos.

Tiziano Vecellio, pintor renascentista italiano, em sua obra Adão e Eva no Jardim do Éden, busca retratar o “pecado original”, com Adão e Eva no Paraíso, ao ar livre numa montanha debaixo de uma macieira. A cena que acontece ao ar livre, numa montanha, mostra Adão e Eva no Paraíso, debaixo de uma macieira. Ele pinta Adão e Eva como figuras esculturais, em especial a de Eva que toma

boa parte da tela, com seu corpo forte, luminoso e meio desajeitado, tombado em direção à árvore com os olhos fitados na fruta – maçã – que lhe estava sendo oferecida pelo pequeno diabo em forma de criança. Adão, sentado à esquerda, com sua anatomia rígida, está representado como se tentasse impedir que Eva aceitasse o fruto proibido. Seus olhos parecem suplicar para que a mulher não fosse imprudente. Ambos têm suas genitálias cobertas por folhas. As de Adão estão cobertas por folhas de uma figueira que está atrás dele. As de Eva estão cobertas pelas folhas da macieira. Ambos, Adão e Eva, são pintados com as características de todos os homens, inclusive os umbigos.

Em sua “Criação de Eva”, William Blake, pintor, poeta e gravurista inglês (1757-1827), retrata um Adão deitado adormecido completamente nu sobre uma folhagem à noite. Próximo à sua costela o corpo nu de Eva se eleva. Próximo as pernas de Adão está Deus em pé com o braço esticado com sua mão sobre a cabeça de Eva.

Blake busca, com a sua “Criação de Eva” retratar a passagem bíblica contida em Gênesis 2, 21-22, que diz *“Então o Senhor Deus mandou ao homem um profundo sono; e enquanto ele dormia, tomou-lhe uma costela e fechou com carne o seu lugar. E da costela que tinha tomado do homem, o Senhor Deus fez uma mulher, e levou-a para junto do homem.”* Eva, assim como Adão, está retratada com todas as características humanas, incluindo-se a genitália desnuda e o umbigo.

O mesmo ocorre quando William Blake cria suas obras “Satã, Adão e Eva” e “Adão, Eva e o Pecado” em que retrata as figuras de Adão e Eva com os traços humanos comuns. Também, O mesmo ocorre com outros grandes nomes da arte mundial, como Rubens (Peter Paul Rubens em sua obra “Adão e Eva” de 1597), Francis Floris (pintura a óleo “Adão e Eva”, 1560), Rodin (nas esculturas “Adão” e “Eva”), Botero (Fernando Botero, escultura “Adão e Eva” e quadro “Adão e Eva no Paraíso”), Salvador Dalí (escultura “Adão e Eva” em composição juntamente com a Serpente curvada na forma de um coração). Todos esses artistas retrataram Adão e Eva com traços humanos e umbigos.

Se Deus ou o Criador fez o homem a sua imagem e semelhança, por certo o primeiro homem e a mulher que da costela dele se fez, não poderiam ter umbigo. Se nada havia antes de Deus, então, ele não tinha umbigo e, o sendo o primeiro homem a sua imagem e semelhança, não teria tal cicatriz, ainda mais se viesse do pó da terra.

Uma interpretação literal do Velho Testamento assim nos direcionaria.

Então, estariam todos esses notáveis artistas profanando o Livro Sagrado? Seria justa tal interpretação artística ou “licença poética” a colocar umbigo no primeiro homem e na primeira mulher?

3. Tudo azul, Adão e Eva e o Paraíso: sem pecado e sem juízo

Bom, o que está escrito nos livros sagrados, está posto. Cada um pode optar por crer ou não crer nas Escrituras, em verdadeiro ato de fé. O fato é que as estórias estão contadas nas Escrituras e retratam a visão e a fé de quem as escreveu.

A interpretação que se dá aos Escritos Sagrados é feita a partir da perspectiva humana, das experiências de cada um de nós e do tempo em que vivemos.

O umbigo de Adão e de Eva nos revela que podemos conviver e tolerar posições e opiniões distintas sobre um mesmo fato; interpretações divergentes sobre um mesmo texto.

Se assim o é, com as Escrituras, que são havidas como os conjuntos de textos provenientes da inspiração divina ou recebidos diretamente de um Deus, então, porque não o seria com as leis feitas pelos homens, ou seja, o conjunto de normas que regulam o comportamento do homem em sociedade. Porque, não podemos ter interpretações divergentes sobre as normas vigentes, ou interpretações feita à luz do tempo passado, presente e futuro diante da realidade de cada momento?

As normas são apenas escritos postos a partir de ideias, princípios e realidades que visam nortear a conduta do homem em sociedade e em direção ao bem comum.

Se eu pudesse plagiar certa fala da Monja Coen talvez dissesse que devemos ver a realidade e as normas que se põem diante de nós para serem seguidas como elas são; nem feias, nem bonitas; nem boas, nem más; elas apenas são e existem. A realidade é como é, as normas são como são e, em conjunto, são como somos capazes de vê-las e interpretá-las. Eu posso projetar um entendimento da norma em face de uma realidade e das experiências que vi e vivi, mas posso não estar certo ou não ter a melhor interpretação. Tampouco, posso afirmar que o entendimento projetado por outrem acerca da norma e da realidade, estará errado. É necessário, muitas vezes, tirar os véus e ver o que está acontecendo respeitando a opinião daquele que pensa de forma diferente da nossa.

Adão tanto pode ser retratado com o seu umbigo, apesar das escrituras nos indicarem que ele talvez não o tivesse, como pode ser retratado sem umbigo. A interpretação aqui se projeta sobre o que está escrito nas escrituras, na realidade que cada um vive, nas experiências adquiridas ao longo da vida e na fé.

O trágico está em que os interesses e pensamentos humanos são ilimitados, mas os bens materiais, são limitados.

O exercício da advocacia repousa na tolerância da divergência e na compreensão do antagonismo. Repousa na visão de que uma norma jamais terá uma única interpretação, ainda mais, quando for combinada com os fatos concretos que ela buscará regular e que, nem sempre, corresponderão às hipóteses abstratas sobre as quais o legislador se debruçou para traçar as linhas da norma.

Na maior parte das vezes, o exercício da advocacia se faz com a presença de um opositor, de alguém (outro advogado) que se põe na defesa de interesses e teses, total ou parcialmente, conflitantes com aqueles do cliente representado.

A beleza da arte de advogar está em, justamente, saber enxergar a pluralidade de interpretações a um fato e norma, bem como, em reconhecer que nem sempre uma visão e pensamento será a única via possível.

Poste-se ou imagine-se, caro leitor, em pé num cruzamento de duas vias de tráfego de automóveis, aonde o controle de tráfego é realizado por dois semáforos.

Agora, imagine que você, de onde está nesse cruzamento, só tem a visão completa de um dos semáforos. Assim, você presume que, quando o semáforo cujas luzes você vê está verde, é porque o outro está vermelho.

Você, então, percebe que o semáforo que você vê por completo ficou vermelho e que um carro que deveria ter nele parado continuou a trafegar colidindo com outro que começara a se mover a partir do semáforo cujas luzes você não consegue ver.

Sob a perspectiva do homem médio, você estará propenso a dizer que a culpa pelo acidente foi daquele veículo que trafegava no sentido do semáforo cujas luzes você via.

Essa será a sua realidade, vista e vivida e você estará interpretando a norma de trânsito que diz que deve-se parar quando o sinal estiver vermelho.

Todavia, há um fato que é realidade e que não pode ser desconsiderado que é: geralmente, quando um sinal de trânsito fica vermelho, o que estava vermelho antes não muda para a cor verde instantaneamente. Por razões de segurança, pode haver um tempo curto em que os dois sinais ficarão vermelhos, de modo que haja tempo suficiente para um veículo que iniciou a passagem do cruzamento possa concluí-la em segurança, antes dos veículos que estão parados no outro sinal comecem a se mover.

Assim, um observador que estivesse olhando o trânsito sob a perspectiva do outro sinal, poderia ter visto que o veículo outrora estacionado no sinal vermelho havia começado a se mover enquanto o sinal ainda estava vermelho

e, assim, dizer que a culpa teria sido do veículo que estava no seu campo de visão juntamente com o semáforo e não daquele a quem você atribuiu culpa.

Se esse caso estivesse em litígio, teríamos uma norma e a realidade narrada sob duas perspectivas, experiências e visões distintas, mas, não menos verdadeiras.

Tudo depende de nossa percepção e do ponto a partir do qual captamos a realidade.

Enquanto advogados devemos compreender as possibilidades que o “homem médio” tem para decisões baseadas em dados reais e que não possa desconhecer.

Devemos buscar estabelecer o que seria razoável para um homem médio a partir da fixação de um padrão de conduta. A conduta do “homem médio” será aquela que resultará da observação do bom senso e da reação imediata e espontânea de um indivíduo ordinário e razoavelmente prudente^[3], diante de um fato, de uma realidade e da norma.

Para se analisar um caso concreto e a ele bem aplicar a norma jurídica, não se pode ignorar o meio social em que ele se originou. A análise do caso concreto deve se dar em face das realidades da vida social, isto é, considerando-se os fenômenos sociais-culturais-econômicos e tecnológicos a ele relacionados.

A norma ou a sua interpretação podem mudar de acordo com os fatos concretos e a realidade social, pois, a partir da concepção de que a norma provavelmente alcançará seus objetivos pretendidos estiver calcada no entendimento do fenômeno que irá regular^[4], se os fenômenos se alterarem, ela ou a sua interpretação também necessitarão ser revistas.

É nessa universalidade de posições e interpretações que nós, advogados vivemos e convivemos. Não há opostos nem opositores. Podem haver, apenas,

3. LANIGAN, Frank J. *Legal Protection for the Author*. 14 Notre Dame Lawyer 415, 446-7 (1938-1939).

4. PAMELA, Samuelson. The Digital Content Symposium. Berkeley Technology Law Journal, Vol. 12: Issue 1, Spring 1997. <http://server.berkeley.edu/BTLJ/articles/12-1/samuelso.html>, acessado em 14/01/98.

visões distintas, divergentes ou, nem sempre, convergentes e, dentro dessa divergência é possível se conviver em paz. Não há certo, nem errado. Há situações em que a nossa percepção pode ser distinta da de outrem.

A vida do ser humano é um constante processo de observação, reprodução e compreensão, que o marcam desde os seus primeiros momentos de vida, acumulando conhecimentos, informações e experiências até um ponto em que esse acúmulo de saber dá vasão, numa explosão interior, à necessidade de exteriorizar aquilo que se pensa e sente.

Mesmo que diferentes pessoas adquiram os mesmos conhecimentos e informações, suas ideias e pensamentos não serão, obrigatoriamente, os mesmos, pois, serão também, o fruto das experiências de vida, que são distintas entre cada um de nós. Daí porque, o convívio social e profissional há que se fazer na divergência de ideias e posições.

A advocacia contenciosa se faz no contraditório, pois, implica, na maior parte das vezes, na defesa de interesses de uma parte que são antagônicos aos interesses da parte contrária. As a narrativa dos fatos é feita sob perspectivas próprias de cada parte e as teses, não raramente, são antagônicas apesar de partirem da interpretação do mesmo conjunto de normas.

No meio do discurso divergente de teses e posições processuais, haverá um terceiro – magistrado ou árbitro – que terá o papel de decidir a controvérsia. Com base nos fatos narrados, provas obtidas, no seu saber e na sua visão das normas, haverá de proferir uma decisão que poderá ou não acolher ou rejeitar, total ou parcialmente, as teses sustentadas pelas partes.

O diálogo travado em autos processuais, nada mais é do que a troca de ideias, visões e interpretações na expectativa de convencer o julgador sobre uma determinada posição e direito diante de uma lide.

Por mais apaixonado que seja o advogado com relação à tese sustentada na defesa de seu cliente, é importante lembrar que do outro lado da lide haverá um outro profissional tão apaixonado na defesa de seu cliente quanto o

primeiro e que, provavelmente, levantará argumentos para se opor à pretensão (o que configura no entender de Carnelutti, “*conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro*”^[5], o que chamamos de pretensão resistida)

A advocacia consultiva pode não se fazer no contraditório, mas, se desenvolve a partir da possibilidade da existência de distintas visões ou interpretações sobre uma mesma norma legal ou conjunto de normas.

Até mesmo numa relação jurídica aonde há coordenação de vontades, pode haver pensamentos, ideias e visões que se contrastam.

Isso nos indica que toda e qualquer norma existente ou que venha a existir, é passível de interpretações contrastantes.

E aqui devemos fazer um parêntesis para dizer que as sociedades modernas tendem a ter um certo deslumbramento pela “inflação legislativa”, ou seja um deslumbramento pela demasiada, imoderada e, porque não, desenfreada produção de normas/leis que, nem sempre, são necessárias, como forma de resolver os novos conflitos que surgem. Há uma sensação equivocada de que somente a criação de normas específicas é que pode sanar impasses modernos em uma sociedade.

Essas leis como todas as demais, são passíveis de interpretações diferentes.

Isso é assim, e sempre o será.

Mais importante do que as normas postas, é o respeito ao pensamento e às interpretações dissonantes; a tolerância à divergência.

É o pensamento divergente, o contraditório, que nos faz evoluir em ideias e posições; e é a tolerância à essa divergência que nos dá a paz social.

5. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p. 222. “*La lite é il conflitto di interessi tra due persone qualificato dalla pretesa dell’una e dalla resistenza dell’altra*” (Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Uthea, 1944, v. 1, p. 40; *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 53; e *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 93).

A estabilidade do grupo social e da sociedade não repousa apenas no interesse coletivo com relação à composição dos conflitos entre os indivíduos, mas sim, repousa também em algo que é anterior à essa resolução de conflitos, que é o respeito e a tolerância pela opinião e pensamento divergente. O respeito à contradição e às liberdades de pensamento e expressão.

O interesse maior da sociedade é a paz entre os homens e a convivência em harmonia (paz social), como condição de progresso e felicidade.

Ao olharmos para o nosso próprio umbigo de forma não egoísta e prática, veremos que essa singela cicatriz serve para nos lembrar que a divergência há de ser tolerada e compreendida e que o oposto nem sempre é feio, podendo ser, até mesmo belo. Mas, independentemente de como o oposto nos pareça, a beleza está na possibilidade de ouvirmos posições e pensamentos divergentes.

O mundo das leis e a advocacia se fazem dentro do contraditório, da liberdade de expressão e pensamento e da paz social.

A partir do momento em que nós advogados, profissionais talhados para o diálogo entre opostos, deixarmos de tolerar e respeitar as posições, pensamentos e entendimentos contrários aos nossos, então, a possibilidade de paz social terá se perdido para sempre.

E, quanto ao umbigo de Adão e Eva, se alguém perguntar a minha posição, responderei que “eu fico com a pureza da resposta das crianças. É a vida, é bonita e é bonita” assim como são belíssimas as obras dos mágicos artistas citados no início desse texto. Não há beleza sem as cores que harmoniosamente podem se contrastar e se combinar. Se tudo fosse em apenas uma cor ou tom, seria monótono e sem graça. Na verdade, se houvesse apenas uma cor, nada seríamos ou enxergaríamos.

4. Referências Bibliográficas

Bíblia Sagrada. Antigo Testamento

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p. 222.

_____ *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Uthea, 1944, v. 1

_____ *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958

_____ *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960

LANIGAN, Frank J. *Legal Protection for the Author*. 14 Notre Dame Lawyer 415 (1938-1939)

PAMELA, Samuelson. *The Digital Content Symposium*. Berkeley Technology Law Journal, Vol. 12: Issue 1, Spring 1997. <http://server.berkeley.edu/BTLJ/articles/12-1/samuelso.html>. Acessado em 14/01/1998.

Repercussão do Uso da Internet nos Direitos da Personalidade: Algumas Reflexões

*REPERCUSSION OF INTERNET USE ON
PERSONALITY RIGHTS: REFLECTIONS*

Maria Helena Diniz

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela PUCSP. Livre-docente e Titular de Direito Civil da PUCSP por concurso de títulos e provas. Professora de Direito Civil no curso de graduação da PUCSP. Professora de Filosofia do Direito, de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUCSP. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação em Direito da PUCSP. Professora Emérita da Faculdade de Direito de Itu. Membro benemérito do Instituto Sílvio Meira. Sócia honorária do IBDFAM. Membro da Academia Paulista de Direito (cadeira 62 – patrono Oswaldo Aranha Bandeira de Mello), da Academia Notarial Brasileira (cadeira 16 – patrono Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda), do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Membro honorário da Internacional Federação dos advogados de Língua Portuguesa (FALP).

Sumário

1. Internet e direitos da personalidade: nota introdutória.
2. Consequências da disseminação de Fake News.
3. Solitude nas relações virtuais.
4. Sharenting: uma violação aos direitos da personalidade do menor.
5. Restrições ao uso do direito ao espaço virtual.
6. Breve consideração final
7. Bibliografia.



Resumo

Os problemas engendrados pela internet, hodiernamente, provocam repercussão jurídica, pois podem gerar responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial, visto que não só causam graves ameaças e violações aos direitos da personalidade, em todas as suas facetas, mas também dificultam a sua reparação por não identificar, em certos casos, o lesante, o provedor etc. Aqui apontaremos alguns exemplos que podem decorrer do mau uso do direito virtual, que deveria resguardar aspectos de ordem pessoal, familiar, social, documental e profissional, que não devem ser arrastados a uma publicidade indesejada.

Palavras-chave: Internet; Direito da personalidade; Fake News; Solicitude; Sharenting; Metaverso; Proteção de dados.

Abstract

The problems engendered by the internet, nowadays, cause legal repercussions, as they can generate civil liability for moral and/or property damage, since they not only cause serious threats and violations of personality rights, in all their facets, but also hinder their compensation for failing to identify, in certain cases, the offending party, the provider etc. Here we will point out some examples that may result from the misuse of the virtual right, which should protect aspects of a personal, family, social, documentary and professional nature, which should not be dragged into unwanted publicity.

Keywords: Internet; Personality law; Fake News; solicitude; sharing; Metaverse; Data protection.

1. Internet e direitos da personalidade: nota introdutória

Com o aparecimento de “um admirável mundo novo”, criado pelo espaço virtual unido pela força da mídia, em busca de sensacionalismo, pela transnacionalização de rede mundial de computadores, os direitos da personalidade vêm sendo violados e ameaçados. O ser humano está perdendo, na aventura da vida, seu espaço, sendo alvo de “ataques” contra sua: honra, imagem, liberdade, educação, intimidade, privacidade, integridade físico-psíquica, proteção de dados pessoais etc. Daí ser necessário considerar: o modo de funcionamento das redes sociais; a utilização da *internet*; a edição de normas mais específicas sobre o uso do espaço virtual etc. para que se tenha maior respeito aos direitos dos internautas, aos direitos fundamentais, ao Estado Democrático de Direito e à dignidade da pessoa humana. Teceremos, neste artigo, apenas algumas considerações relativas ao mau uso das redes sociais lesivos aos cidadãos, demonstrando certas consequências jurídicas.

2. Consequências da disseminação de Fake News.

A internet revolucionou o mundo, influenciando muito na liberdade de expressão, de informar e de ser informado, diante da massificação do uso de redes sociais (*Google, Twitter, Youtube, Facebook e WhatsApp*). A verdade e a justiça são valores que devem existir na informação, mas infelizmente surgem *Fake News* (notícias falsas, baseadas em prova inexistente), interferindo na opinião dos *netizes* (cidadãos da rede) e de especialistas da mídia. Como o anonimato é vedado normativamente, surge a possibilidade de uso de perfil falso na rede social e de *Fake News*.

A disseminação de *Fake News* opera-se mediante perfis falsos em mídias sociais ou de *bots* (chat robôs) e o público apenas poderá separar o verdadeiro e o falso pela confiança no órgão transmissor da mensagem^[1].

A divulgação de *Fake News* como se fossem verdades, contendo informações ou fatos inverídicos para influir na opinião das pessoas sobre certos assuntos para fins de manipulação política, econômica ou ideológica, e esta pode levar ao racismo, ao discurso do ódio, à incitação à prática de crime, à discriminação de grupos vulneráveis etc. Visam atrair acesso a *sites*, faturar com publicidade digital com fins mercantis ou reforçar ideias para lesar políticos, pessoas famosas ou comuns, empresas etc. E como se espalham muito rapidamente e apelam para o emocional do leitor, têm grande poder persuasivo.

Fake News são veiculadas sem deixar rastros para possíveis investigações, pois seus idealizadores: usam CPF de pessoas desonradas para que se cadastrem seus cartões, com isso a vítima ao investigar, por ex., sua movimentação bancária, chega ao seu próprio documento; trocam o IP; adquirem ilegalmente endereços de *e-mail*; utilizam *layouts* similares aos grandes portais de notícia etc. E, com essas estratégias, manipulam os consumidores e a opinião pública e com isso causam impacto nos direitos da personalidade e obtêm ganhos financeiros ou políticos.

As *Fake News* podem influir virtualmente, na liberdade política, na saúde pública, na honra, na privacidade, na imagem etc.

É preciso buscar meios para combater as *Fake News* como: retirada de dados em mídias sociais que não tenham interesse público, em defesa dos direitos fundamentais, dos direitos da personalidade e do direito a ser esquecido; desenvolvimento de campanhas de combate às *Fake News*; busca de fontes de notícias com maior credibilidade para verificar a veracidade do fato;

1. BRITOS, Armando. *Fake News* (notícias falsas e verdade, justiça y democracia (o que el árbol no tape el bosque), *Direito em Debate*, SPaulo, Almedina, 2020, p. 57; PORTO MACEDO JR., “*Fake News*” e as novas ameaças à liberdade de expressão”, “*Fake News*” e *regulação* (coord. Abboud, Nery Jr. e Campos), SPaulo, RT, 2018, p. 129 a 146; BARROSO, Luis R. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade – critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil da Lei da Imprensa, *Revista de direito administrativo*, n. 235 (2004); FERRAZ JR., Prefácio do livro *Fake News e regulação* (org. Abboud, Nery Jr. e Campos), SP, RT, 2018.

utilização de agência especializada para checar fatos como: Boatos.org, UOL Confere; Truco, Lupa etc.; controle de *Fake News* por meio de autorregulação pelas empresas *Youtube, Microsoft, Facebook, Twitter* etc., adotando procedimento capaz para averiguar reclamação sobre o conteúdo inverídico, mediante equipes etc.; edição de lei especial que puna severamente as *Fake News* nas redes sociais, exigindo a retirada da notícia falsa; não encaminhamento de mensagem que tenha selinho de “frequentemente encaminhadas” no *WhatsApp* etc.

Parece-nos que a verdade e a justiça só serão alcançadas mediante mecanismos legais, que apontem caminhos viáveis para punir a divulgação de *Fake News*, pois traz instabilidade social e consequências devastadoras para o ser humano e para a sociedade^[2].

3. Solitude nas relações virtuais

Em certos momentos da vida, todas temos necessidade de voltarmos para nós mesmos, isolando-nos do mundo, temporariamente, para restaurarmos o nosso “eu”, para melhor atingirmos alguns objetivos, aprimorando ideais ou para entendermos melhor nossos semelhantes. Trata-se da *solitude*.

Na *solitude* o ser humano em estado de interiorização agiganta-se ao cultivar seu talento, ao desvendar seus reais desejos e o modo de satisfazê-los.

Solitude situa-se na zona da intimidade na seara social, familiar e profissional, em que a pessoa por vontade própria se isola, impedindo ou controlando acesso de outra pessoa para que possa ter tranquilidade, aumentar sua produtividade ou criatividade. E todos devem respeitar essa zona de isolamento individual. Esse *estar só* é reservar um espaço na vida para reflexão e a interiorização para estimular emoções e pensamentos criativo.

2. Consulte: ABOUD e CAMPOS, A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização, *Fake News e regulação* (org. Abboud, Ney Jr. e Campos), SP, RT, 2018, p. 19 a 40; CUEVA, Ricardo, Alternativas para remoção de *Fake News e regulação*, cit. p. 167 a 176; MARANHÃO e CAMPOS, *Fake News e autorregulação regulada das redes sociais: fundamentos constitucionais*, in *Fake News e regulação*, cit. p. 217 a 232; LADEUR, Por um novo direito das redes digitais – *Fake News e regulação*, cit. p. 41 a 58.

O *direito de estar só*, só terá eficácia se as pessoas aprendessem os limites de cada uma, respeitando a necessidade de isolamento.

A troca de mensagens via *WhatsApp*, o acompanhamento da vida de amigos em *Facebook* ou *Instagram* fazem com que a solidão não domine a pessoa, mas tal contato virtual, apesar de haver espaço para a solidão impede, em parte, o encantamento de conviver consigo mesmo, de descobrir a riqueza interior, de reconhecer que algumas coisas são meras sensações e de aumentar a criatividade e de expandir a genialidade. Por isso, é comum que a pessoa em estado de solidão não use celular por algum tempo, nem redes sociais e eleja ano sabático.

O fato de alguém exercer função pública ou ter adquirido renome, tornando-se uma celebridade, não lhe retira o direito de manter seu isolamento, para aumentar suas forças interiores, cultivar o talento, tornando suas ideias uma realidade e aumentando, a sua produtividade.

Convém lembrar, ainda, que o *direito de estar só* pode ocorrer até mesmo na esfera psíquica da pessoa no meio de uma multidão sem partilhar o que está a pensar.

A liberdade de cada pessoa deve ser respeitada, inclusive no que atina ao *direito de estar só* se assim desejar acesso reservado, evitando intromissões alheias, inclusive em *e-mails* durante seu recolhimento.

Percebe-se que o direito de estar só (*right to be alone*) não é apenas a possibilidade de estar sozinho fisicamente, mas também o resguardo de seu pensamento.

É preciso tutelar o *direito de estar só* nas relações virtuais para que a pessoa seja deixada em paz, para que seus dados pessoais não sejam usados no meio informático, para outros fins, para que sua imagem não seja utilizada comercialmente, para que sua intimidade ou privacidade não sejam devassadas, conservando a paz interior contra intromissões alheias em redes sociais. É preciso proteger dados pessoais, não permitindo ao usuário da internet

controlar informações pessoais que, vêm sendo, com a evolução tecnológica, muito invadidas, atingindo a esfera individual do ser humano, inclusive o seu direito de estar só, tirando sua tranquilidade como, por ex., chamadas constantes em *WhatsApp*, notícias revelando local onde a pessoa se encontra em solidude etc.

Toda pessoa tem direito ao ano sabático, à discrição de acontecimentos de sua vida, de suas experiências, de suas lutas, de seu isolamento voluntário, por estarem na esfera da reserva pessoal e, por isso, deve ficar longe do livre acesso à curiosidade alheia. Daí a utilidade do recurso de: se ficar invisível *online*; se permitir que ninguém saiba quando o *WhatsApp* foi visto por último; se impedir que se saiba se as mensagens recebidas foram lidas ou não; não participar de *Twitter*, *Instagram*, *Facebook* etc.; não enviar mensagens, limitando-se apenas a respondê-las por meio de *emojis* ou monossílabos, quando for possível.

O *direito de estar só* requer inviolabilidade da pessoa em seu retiro. Viver afastado para se aprimorar não é um mal, mas trocar convívio humano pelos aparelhos não é produtivo, pois a disseminação de celulares, computadores etc. pode levar a um isolamento social progressivo.

Quem faz uso da solidude precisa ser comedido em sua utilização, impondo limites, terminando o isolamento quando alcançar o fim almejado p. ex.: escrever uma obra literária etc.

O ser humano tem o direito de controlar os *inputs* de informação, ou seja, as impressões sensitivas, advindas do exterior que veiculem informação não desejada ou perturbadora da tranquilidade, por ter liberdade de estar em solidude. Além disso, também tem o controle de *outputs* de informação sobre ele mesmo, decidindo quando e em que medida poderá vir a ser conhecida pelos outros principalmente se pretende estar só^[3].

3. CARVALHO, Simone. Solidude – A experiência positiva de estar só (<https://medium.com.br/solidude-a-experiencia-positiva-de-estar-so>); SMOOKER, Elaine. O poder da solidude (geekness.com.br/poder-da-solidude); CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*. Paris, PUF, 1996, p. 141; COSTA JUNIOR, *O direito de estar só*. SP, Siciliano, 2014; RODRIGUES e MELO, Geração de surdos, *Revisa Símula inteligente* (2008 – dez) p. 22 e 23.

4. Sharenting: uma violação aos direitos da personalidade do menor

Nesse mundo virtual, principalmente em razão do isolamento social provocado pela Covid-19, que mudou hábitos, aumentando relacionamentos digitais, agravou o fenômeno da exposição pública de menores nas mídias sociais, pois crianças, por influência dos pais, passaram a ter maior acesso na *internet* e a possuir perfil em redes sociais (*Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp, Youtube e TikTok*), surgindo casos de celebridades mirins, dando azo à superexposição de menores pelos próprios pais, que compartilham fotos, momentos particulares, eventos escolares, vídeos, problemas de saúde, festas de aniversário etc. com o escopo de promover a prole ou apenas mostrar o dia-a-dia a parentes e amigos. Surgindo o *sharenting*, que designa o excesso de postagem, compartilhando *online* detalhes da vida dos filhos, indicando a irresponsabilidade dos pais, pois esses atos revelam a parentes ou desconhecidos dados que podem trazer gravames aos direitos da personalidade das crianças e adolescente e até ocorrer *bullying* parental, com postagem de vídeos, ridicularizando a prole.

Com isso a exposição fica permanente na internet, sem possibilidade de efetivação do direito a ser esquecido, trazendo consequências nefastas no futuro do menor.

Essa hiperexposição pode vir a causar riscos às crianças e aos adolescentes, levando: a) à reconstrução de seu “eu” por criar uma pessoa que não corresponde ao que é, causando estresse por serem submetidos à aprovação pública; b) à condução de uma notoriedade, transformando a imagem infantil numa mercadoria, pois poderá passar a ser ídolo digital; c) à violação da intimidade e da privacidade ante a exposição de fatos de sua vida familiar e social; d) à perda da liberdade de usar plataformas sem influência externa, uma vez que ficarão sujeitos a comentários de seguidores; e) à lesão à saúde psíquica, por poderem ficar expostos *online*, sujeitando-se a sofrer *bullying* ou *cyberbullying*; f) à sexualidade precoce e ao contato com drogas ou pedófilos; g) ao conhecimento de informação de conteúdo inadequado à idade; h) ao mau uso de dados pessoais por terceiros, que podem roubar sua identidade

(nome, idade, filiação, local de nascimento ou de estudo etc.) com base nas informações postadas nas redes sociais, para atingir a fins ilícitos; i) à situações constrangedoras que poderão intervir no rendimento escolar e na profissão, uma vez que dados expostos na internet ficam registrados etc.

O compartilhamento de informações pessoais ou de hábitos de filhos menores na rede mundial de computadores é uma fonte potencial de danos aos seus direitos da personalidade, causando sérias consequências físicas e psíquicas, impedindo o desenvolvimento saudável, por invadir intimidade, privacidade, imagem etc. por trazer exploração monetária, erotização precoce, violência mediante sequestro etc.

É preciso não colocar em risco a segurança da prole e de seus dados pessoais, impedindo práticas ilícitas: pedofilia, *bullying*, sequestro, discriminações, uso de dados pessoais etc.

Por tais razões cabe aos pais zelar pelos interesses dos filhos (ECA, art. 22) e, conseqüentemente, supervisionar o uso da internet, definindo os limites para seu acesso por parte deles e da prole, evitando riscos contra o bem estar e a segurança *online*, zelando pelas informações sobre o cotidiano dos filhos, tendo cuidado de ponderar sobre tudo que a respeito deles vier divulgar virtualmente, respeitando o direito de autodeterminação informativa sobre seus dados e os direitos da personalidade.

A parentalidade responsável deve respeitar o melhor interesse da criança e do adolescente, sobretudo na internet. Os pais têm ampla liberdade de narrar a história dos filhos menores com discrição, pois pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem verificar o meio adequado, a necessidade e o equilíbrio antes de fazer qualquer divulgação diante da vulnerabilidade da prole, pois não se pode olvidar que são pessoas humanas em desenvolvimento.

A responsabilidade de zelar pelo menor não é só pais, mas também da sociedade e do poder público em razão da prioridade absoluta de seus direitos. Daí a pertinencialidade de políticas públicas educacionais, promovendo

educação digital para os pais, demonstrando os riscos do *sharenting*, implementando mecanismos para a efetivação do direito ao esquecimento e do dever de diligência dos provedores, para que atuem preventivamente no sentido de melhorar a qualidade das informações postadas, cobrando das autoridades parâmetros detalhados sobre proteção de menor.

O Poder Legislativo deveria editar rigorosa norma específica sobre *sharenting* e o poder público estatal deveria intervir quando os pais não atenderem o melhor interesse da prole e exigir uma parentalidade responsável, ante os perigos do compartilhamento exacerbado da rotina familiar, pouco importando se feito a familiares ou a amigos porque um dispositivo pode ser furtado ou hackeado, lesando privacidade, intimidade, imagem etc. e interferindo no desenvolvimento físico e psíquico da criança e do adolescente.

Se houver abuso do poder familiar, o judiciário, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público poderá suspender ou destituir os pais daquele poder (CC, arts. 1.637 e 1.638, II). E, ainda, os pais poderão ser responsabilizados civilmente por dano moral pela exposição de imagens e informações de dados pessoais de filhos nas redes sociais, por comprometerem seu desenvolvimento saudável e por colocarem em risco a segurança infanto juvenil, servindo inclusive de chamariz dos *digital influencers*, que usam o compartilhamento como fonte de renda, mediante atividade publicitária, pois a prole fica a mercê de análise de qualquer pessoa que tenha acesso às plataformas digitais.

A liberdade de expressão dos pais é tolerável desde que não coloque os filhos menores em situações que ameacem sua dignidade e seus direitos da personalidade, sob pena não só de suspensão e destituição do poder familiar, mas também de reparação civil por danos morais. Além disso será possível requerer tutela de remoção do conteúdo ofensivo (CPC, art. 497 § único), para impedir a prática ou reiteração dessa conduta, cujos efeitos se prolongam no tempo. Para a efetivação da tutela específica de inibição do ilícito é conferida ao órgão julgante a possibilidade de determinar a imposição de multa pecuniária (CPC, art. 536 § 1º).

Urge lembrar que, por haver presunção de dano moral não haverá necessidade de comprovar os danos advindos de prática de *sharenting*, basta a demonstração da ocorrência do comportamento lesivo do genitor que ameaçou ou violou direitos da personalidade da prole⁴.

5. Restrições ao uso do direito ao espaço virtual

Hodiernamente, temos o mundo virtual que muito contribui para o desenvolvimento, superando distância na comunicação, mas por outro lado pode causar violação direitos da personalidade de difícil reparação pela dificuldade de se encontrar o lesante, em regra, provedor de *internet*. É preciso analisar o funcionamento das redes sociais.

Até o direito ao uso do *metaverso* pode causar dano se for desmesurado.

O *metaverso* busca, com o auxílio de tecnologias diversificadas, uma integração entre o mundo real e o virtual, conectando pessoas num ambiente em 3D de simulação da vida real, via *internet*, pelo mundo, proporcionando aquisição de produtos mediante lojas *online*, de cultura, de experiência, de diversão entre familiares e amigos, de realização de *shows*, de *vídeo games*, de jogos com uso de avatares, por ex., de cursos preparatórios do ensino fundamental ao ENEM, pois os alunos poderão entrar no *minecraft* para assistirem aulas pelo jogo, fazendo com que a aprendizagem seja mais produtiva. Tal ideia foi criada pela Universidade *Craftsapiens*, ao desenvolver um projeto de ensino virtual,

4. Sobre *Sharenting*: DEBORD, *A sociedade do espetáculo*, Rio de Janeiro, Contraponto, 1997; MARASLI e outros, Parent's shares on social networking sites about their children: sharenting – *The anthropologist*, v. 24, n. 2, p. 399-406; SANCHES e outros, *Direito das famílias e sucessões na era digital*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2021, p. 316; EBERLIN, *Sharenting*, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Revista brasileira de políticas públicas* (s. 1), vol. 7, n. 3, p. 256-274, dez – 2017; FUENTES, *Crianças agora buscam carreira de “Youtuber”*, 2018; BOUSSO, *Sharenting*, entenda os riscos da superexposição infantil na web <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/sharenting-entenda-os-riscos-da-superexposicao-infantil-na-web>; PONCE SILVA e outros: *As implicações jurídicas do fenômeno do sharenting*, <https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/opiniao-implicacoesjuridicas> – fenômeno - sharenting, SILVA, Luiz V. A. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*. SPaulo, vol. 91, n. 798, p. 23-50; BERTI, Luiza e FACHIN, Zulmar A. Sharenting: violação do direito de imagem das crianças e adolescentes pelos próprios genitores na era digital, *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 7, n. 1, p. 95-113 (2021); AFFONSO, Filipe J. M. Influenciadores digitais e o direito à imagem de seus filhos: uma análise a partir do melhor interesse da criança. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2 (2019); BOLESINA e FACCIN, A responsabilidade civil por sharenting. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 27, p. 208-229 (2021); MARINONI e outros *Código de Processo civil comentado*, SPaulo, Thomson Reuters Brasil, 2021; PACHECO, Laura F. B. de Aguiar, *A prática de “sharenting” como violação aos direitos da criança e do adolescente*, monografia final de curso apresentada em 2021 na UFRS, p. 61 a 67; BARRIQUELLO, Thaís. *Sharenting: a hipereposição dos filhos em redes sociais*, trabalho apresentado no curso de mestrado da PUCSP em 2022.

combinando metaverso, procurando reapplicá-lo no ambiente escolar por abranger tecnologia imersiva e interativa, que possibilita aprender conteúdos na prática, pois pode inserir o aluno em cenas como a do coliseu ou a de uma sala de cirurgia, participando dos fatos, melhorando suas habilidades de aprendizado. O metaverso é uma modalidade de mundo digital acessível que procura replicar a realidade cotidiana, mediante internet, num espaço coletivo e virtual compartilhado, possibilitando a interação entre usuários, que poderão ter um maior convívio familiar, social e profissional. Deveras, uma empresa pode contratar arquiteto para criar um *design* de algum estabelecimento físico mediante metaverso que proporciona cenário realista, projetando espaço real e virtual conjuntamente ou um *digital manager* para coordenar um grupo multidisciplinar que a levará a implementar o metaverso, definindo estratégias, montando *startup* especializada em metaverso, supervisionando o ciclo vital do produto digital desde o seu lançamento. Essa criação de espaço virtual para encontros traz grande contribuição para o desenvolvimento dos direitos da personalidade e diminuição da ansiedade de busca do presencial. Mas é preciso que haja cuidado para não lesar direitos da personalidade, fazendo mau uso, por ex. da imagem. Metaverso ^{5]} poderá revolucionar o estilo de vida social e o modo de interação virtual.

Na sociedade de informação segundo o *New York Times*, “os dados são o novo petróleo, cada um de nós está sentado sobre nossas próprias reservas”. Os dados compartilhados (nomes, endereços, fotos, localização, opiniões, desejos etc.), embutidos nos *smartphones* com acesso à internet, auxiliam as pessoas e as empresas. Mas, por outro lado, é possível, mediante *cookies* coletar informações pessoais sobre o internauta, identificar seus hábitos de consumo e até tipo de música preferido, capturar sua identidade, saber se celular está desligado. Com isso a privacidade e a intimidade reduzidas ficarão. Mas não é só, governos para evitar crimes ou atos de terrorismo vasculham a vida do cidadão. Existem meios tecnológicos com mecanismos de escuta, que captam conversas através de paredes; câmeras de vídeo que vêem no escuro; microfones que conseguem

5. Consulte: <https://panoramacrypto.com.br>. O que é metaverso? Metaverso: tire suas dúvidas; <https://veja.abril.com.br/tecnologica>. O metaverso chega ao Brasil; <https://blog.nubank.com.br/metaverso>. Metaverso: o que é esse novo mundo virtual? <https://www.archdaily.com.br/br/980393/metaverso-opportunidade-paraarquitetos-umaentrevista-com-patrick-schumacher>.

atingir sons a distância superiores a 1500 m; dados relativos ao FGTS e ao CPF encontram-se disponíveis em rede, banco de dados do judiciário pode informar quem foi demandado em juízo etc.

Com o vertiginoso crescimento de informações digitais de dados sensíveis é preciso editar leis de gestão de dados mais específicas e minudentes para a tutela dos cidadãos contra eventuais abusos e para a responsabilização objetiva pela eventual violação a direitos da personalidade. A Lei Geral de Proteção de Dados e a *General Data Protection Regulation* procuram disciplinar a questão relativamente ao uso, à expansão digital, à segurança do usuário quanto à utilização, à coleta de dados e às informações divulgadas, visto que constituem uma preocupação social e jurídica.

Por tal razão o espaço virtual deve conter restrições por apresentar uma realidade virtual tendente à proliferação de bancos de dados *online*, que pode trazer graves consequências, pela divulgação de *Fake News*, pela ação de *hackers*, que violam a segurança de acesso dos computadores, causando danos aos direitos de personalidade, distorções do processo político, dispersão de obras intelectuais por meio de distribuição P2P (*Pur to peer*) ou pessoa a pessoa etc.

É preciso que haja a edição de leis específicas para responsabilizar provedores da internet pelo uso indevido da tecnologia.

O lesado e as organizações, de direitos humanos deverão não só impedir o uso abusivo da internet, removendo conteúdos ilegais e aplicando sanções para defender seus direitos violados, como também denunciar os abusos midiáticos que trouxeram gravames à vida pessoal ou social^[6].

Convém esclarecer, ainda, que os provedores de conexão ou de serviço de acesso à internet não têm responsabilidade pelo conteúdo criado pelos usuários, por serem meros intermediários. Mas os provedores de aplicação ou de conteúdo, por terem controle editorial prévio sobre as informações

6. MOTA DE SOUZA, Privacidade e mídia, *Direito à privacidade* (coord. Ives G. S. Martins e Antonio Jorge Pereira Jr.), Aparecida, SP – Ideias letras – 2005, p. 241 a 272.

divulgadas, escolhendo o teor do que se é apresentado gratuita ou onerosamente ao usuário, terão responsabilidade subsidiária juntamente com o causador do dano, por não removerem ou tornarem inacessível o conteúdo ilícito, após terem sido notificados judicialmente pela vítima^[7].

As redes sociais têm levado as pessoas a ingressar em juízo para proteger seus direitos ameaçados ou violados por atos ilícitos de outros internautas ou para solicitar a responsabilidade daquelas redes por fornecer dados pessoais ou para identificar os autores de *Fake News*. Sobre o mérito de decisões judiciais na zona cinzenta que exige mais de uma interpretação não podemos tirar conclusões apressadas sob pena de enfraquecer o judiciário e solapar as bases do Estado Democrático de Direito. Daí urgente necessidade de normas mais específicas para controlar o uso de internet^[8].

6. Breve consideração final

Como têm sido desenvolvidas, muitas vezes, sem a necessária tutela pelo direito, as mais variadas formas de controle dos direitos da personalidade, o ser humano encontra-se, no século XXI, vulnerável diante da sociedade tecnológica não só, por ex., com a divulgação de dados pessoais ou de *Fake News* como também com a implantação de GPS em celular ou de *microchips* embaixo da pele e o mau uso da *internet*^[9].

Portanto, há, ainda, um longo caminho a percorrer em busca de uma forma de controle do uso da internet, para evitar que o incontrolável galopante avanço da tecnologia traga efeitos nefastas aos direitos da personalidade e permita uma efetivação da autodeterminação informacional na coleta, processamento, transmissão de dados ou de informações ao público.

Urge frear a tecnologia ética e juridicamente para a tutela da liberdade de

7. LEONARDI, M. *Fundamentos da era digital*. SPaulo, RT, 2019, p. 11-13.

8. Consulte: CASTRO, M. S. Responsabilidade civil dos provedores de internet. *Liber Amicorum Teresa Ancona Lopes – estudos sobre responsabilidades civil* (coord. Simão e Pavinatto), SP, Almedina, 2021, p. 491-509.

9. STEHEL, Ameaça à nossa vida privada, *O Estado de São Paulo*, Caderno 2, 19.3.2001, p. 10.

expressão, da informação e de ser informado, traçando as fronteiras do que é legítimo e indispensável divulgar, tendo por parâmetro o interesse público e o respeito à dignidade humana e aos direitos da personalidade^[10].

7. Bibliografia

ABBOUD e CAMPOS. A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado: regulação das redes sociais e proceduralização, “Fake News” e regulação (coord. Abboud, Nery e Campos) SP, RT, 2018, p. 19 a 40.

AFFONSO, F. M. Influenciadores digitais e o direito à imagem de seus filhos: uma análise a partir do melhor interesse da criança. *Revista Eletrônica da PGE – RJ – Rio de Janeiro*, v. 2, n. 2 (2019).

BARRIQUELLO, Thais. *Sharenting: a hipereposição dos filhos em redes sociais*. Trabalho apresentado no curso de mestrado da PUCSP em 2022.

BARROSO, Luis R. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade critérios da ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil da Lei da Imprensa. *Revista de direito administrativo*, n. 235 (2004).

BERTI, Luiza e FACHIN, Zulmar A. *Sharenting* violação do direito da imagem das crianças e adolescentes pelos próprios genitores na era digital. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 7, n. 1, p. 95-113 (2021).

BOLESINA e FACCIN, A responsabilidade civil por *sharenting*. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 27, p. 208-229 (2021).

BOUSSO, *Sharenting*: entenda os riscos da superexposição infantil na *web* <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/sharenting-naweb>.

BRITOS, Armando. *Fake News* (noticias falsas e verdade, justicia y democracia (o que el árbol no tape el bosque), *Direito em Debate*, SPaulo, Almedina, 2020.

CARBONNIER. *Droit civil. Les personnes*. Paris, PUF, 1996.

10. JABUR, Respeito à vida privada. *Folha de SPaulo*, 22.11.1997, cad. 2, p. 3.

CARVALHO, S., Solitude – a experiência positiva de estar só - [https://medium.com.>solicitude-a-experiencia-positiva-de-estar-só](https://medium.com.>solicitude-a-experiencia-positiva-de-estar-so).

CASTRO, M. S., Responsabilidade civil dos provedores de internet, *Liber Amicorum Teresa Ancora Lopes – estudos sobre responsabilidade civil* (coord. Simão e Pavinatto) SP, Almedina, 2021, p. 491-509.

COSTA JUNIOR. *O direito de estar só*. SP, Siciliano, 2004.

CUEVA, R. Alternativas para remoção da *Fake News* das redes sociais, in “*Fake News*” e *regulação* (coord. Abboud, Nery Jr. e Campos) SP, RT, 2018, p. 217 a 232.

DEBORD. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro, Contraponto, 1997.

EBERLIN, *Sharenting*, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de políticas públicas* (s.I) vol. 7, n. 3, p. 256-274 (2017).

FERRAZ JR. Prefácio do livro “*Fake News*” e *regulação* (org. Abboud, Nery Jr. e Campos) SP, RT, 2018.

FUENTES, *Crianças agora buscam carreira de “Youtuber”*, 2018.

JABUR, G. Respeito à vida privada. *Folha de São Paulo*, 22.11.1997, cad. 2, p. 3.

LADEUR, Por um novo direito das redes digitais – *Fake News e regulação* (coord. Abboud, Nery Jr. e Campos) SP, RT, 2018, p. 41 a 58.

LEONARDI, M. *Fundamentos da era digital*, SP, RT, 2019.

MARASLI e outros. Parent’s shares on social networking sites about their children: Sharenting – *The anthropologist*, v. 24, n. 2, p. 399-406.

MARINONI e outros. *Código de Processo Civil Comentado*. SPaulo. Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOTA DE SOUZA, Privacidade e mídia. *Direito à privacidade* (coord. Ives G. S. Martins e Antonio Jorge Pereira Jr.) Aparecida – SP – Ideias Letras, 2005, p. 241 a 272.

PACHECO, Laura F. B. A., A prática de “*sharenting*” como violação aos direitos da criança e do adolescente, monografia final de curso apresentada em 2021 na URFS.

PONCE SILVA e outros. As implicações jurídicas do fenômeno do *sharenting*, <https://www.conjur.com.br/2021-han.24/opiniaio-implicacoesjuridicas-fenomeno-sharentig>.

PORTO MACEDO JR., R. *Fake News* e as novas ameaças à liberdade de expressão, in “*Fake News*” e *regulação* (coord. Abboud, Nery Jr. e Campos) SP, RT, 2018.

RODRIGUES E MELO, Geração de surdos, *Revista Símula Inteligente* (2008 – dez) p. 22 e 23.

SANCHES e outros. *Direito das famílias e sucessões na era digital*. IBDFAM, Belo Horizonte, 2021.

SILVA, Luis V. A. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50.

SMOOKER, E. O poder da solidude (geekness.com.br.>poder-da-solidude.

STEHTEL, Ameaça à nossa vida privada. *O Estado de São Paulo*. Caderno 2, 18.3.2021, p. d. 10.

Os Direitos de Autor na Era Digital

COPYRIGHTS IN THE DIGITAL ERA



Rui José da Cunha

Advogado. Presidente da Fundação Rui Cunha
(www.ruicunha.org). Sócio Fundador do
Escritório C&C Advogados – Macau.

Filipa Guadalupe

Mestre em Direito Comercial e Societário,
Faculdade Direito Coimbra, Portugal.
Diretora do CRED-DM – Centro de Reflexão,
Estudo e Difusão do Direito de Macau da
Fundação Rui Cunha.

Sumário

1. Introdução.
2. Decreto-Lei 43/99/M – Os Direitos de Autor em Macau.
3. A Lei 5/2012.
4. A 4ª Revolução Industrial.
5. A Nova Diretiva Europeia Artificial.
6. Conclusão.



Resumo

A celeridade de um mundo cada vez mais digital, onde a Inteligência Artificial assume um papel preponderante, obriga a uma forte e rápida reconfiguração e adaptação de todo o universo jurídico dos Direitos de Autor nesta nova realidade. Que problemas e que possíveis soluções, constituem o mote do presente artigo que assenta, maioritariamente, no ordenamento jurídico dos Direitos de Autor na RAEM.

Palavras-chave: Direito de Autor; Digital; inteligência artificial; direitos morais; direitos patrimoniais..

Abstract

The speed of an increasingly digital world, where Artificial Intelligence assumes a predominant role, requires a strong and rapid reconfiguration and adaptation of the entire legal system of Copyright for this new age. What problems and what possible solutions are the real question marks in this article, which is mainly based on the legal system of Copyright at Macau SAR.

Keywords: Copyright; Digital; artificial intelligence; moral rights; economic rights

1. Introdução

Num mundo em permanente mutação e constantes desafios, a Propriedade Intelectual assume um papel cada vez mais preponderante, não apenas no campo estritamente jurídico, mas também enquanto valioso ativo intangível no seio de uma moderna economia, paulatinamente mais sensível a um maior e melhor desenvolvimento sustentável à escala internacional.

As novas tecnologias digitais e o veloz desenvolvimento da tão falada inteligência artificial ^[1] obriga-nos a uma mudança profunda de paradigma, designadamente no que à questão dos direitos de autor diz respeito, a qual acabará por passar por uma reconfiguração jurídica da própria noção de autor ^[2] e uma cada vez maior atenção para a proteção dos direitos autorais nas áreas de maior inovação.

Como é do conhecimento de todos, o direito de autor que temos em Macau, nasceu durante a Revolução Francesa, impulsionado por um lobbie de escritores ^[3].

Desde o Século XVIII até hoje, muita coisa mudou: os prazos de proteção são muito mais longos e o escopo do direito de autor é muito mais

1. A IA é uma ciência interdisciplinar com múltiplas abordagens; no entanto, o galopante avanço na aprendizagem de máquinas está a provocar uma mudança de paradigma em praticamente todos os sectores da indústria tecnológica. A maior limitação ao definir a IA como simplesmente “construir máquinas que são inteligentes” é não conseguir traduzir, realmente, o que é a IA e o que torna uma máquina inteligente. Stuart Russell e Peter Norvig, por exemplo, adotam um conceito de IA a partir do seu estudo em torno dos agentes inteligentes nas máquinas, definindo-a como “o estudo de agentes que recebem perceções do ambiente e executam ações”. *Vide*, Stuart Russell, Peter Norvig, *in* Artificial Intelligence. A Modern Approach, fourth edition, Pearson, 2020.

2. Na RAEM – Região Administrativa Especial de Macau, o regime do Direito de Autor é regulado pelo Decreto-lei 43/99/M, republicado pela Lei 5/2012, de 10/04/2012. Em conformidade com o disposto no artigo 7º, define-se como autor “o titular de um direito pessoal e de um direito patrimonial sobre a obra protegida”

3. É a partir deste incontornável marco histórico que o autor intelectual passa a ter o seu verdadeiro direito autoral reconhecido e garantido. A 13 de janeiro de 1791 foi criada a Carta dos Direitos de Representação e em 18 de julho de 1793 a regulamentação dos direitos de reprodução, cuja epígrafe a definia como: “Lei relativa aos Direitos de Propriedade dos escritos de todo o gênero, compositores de música, pintores e desenhistas.” Citação retirada do sítio GESPI – Grupo de Extensão Socialização em Propriedade Intelectual, História do Direito Autoral, www.gespi.org.

abrangente, podendo ir desde uma tradicional obra literária, à criação de um programa de computador, também ele considerado uma obra literária, por se tratar de um texto escrito numa determinada linguagem.

2. Decreto-Lei 43/99/M Os Direitos de Autor em Macau

A lei dos direitos de autor de Macau, íntegra o chamado sistema de *droit d'auteur*^[4], o qual privilegia a defesa do autor através da atribuição de um conjunto de direitos patrimoniais e direitos morais, contrariamente ao estatuído no sistema de *copyright*^[5] onde a ênfase vai para proteção da obra, conferindo ao autor apenas direitos patrimoniais, os quais poderão ser explorados livremente com eventual transmissão no todo ou em parte, a terceiros.

Por aqui se percebe que, em conformidade com o plasmado no Decreto-lei 43/99^[6], em Macau o direito de autor é por regra, atribuído ao criador intelectual da obra, podendo este direito abranger transmissões *mortis causa* ou *inter vivos*, passando, nestas situações, a serem titulares de direitos, o sucessor e o transmissário dos mesmos, respetivamente.

Assim, e em harmonia com o disposto na Convenção de Berna^[7], Macau presume autor, aquele cujo nome tiver sido indicado como tal na obra, conforme uso consagrado, utilizado ou comunicado ao público, sempre elidível, no entanto, por prova em contrário.

O direito de autor pressupõe, desta forma, a existência de uma obra, obra essa entendida como criação do espírito ou criação intelectual do seu autor.

4. O sistema de *droit d'auteur* visa um equilíbrio entre os interesses privados (recompensando a criação) e o interesse geral (o progresso do conhecimento), estabelecido através de uma duração limitada do monopólio concedido aos autores e de uma série de exceções.

5. O *copyright system* destina-se principalmente a proteger a propriedade intelectual e os direitos dos proprietários do conteúdo em detrimento da proteção dos criadores do conteúdo em causa.

6. Decreto-lei que estatui o regime jurídico dos Direitos de Autor e Direitos Conexos em Macau, entretanto revisto, alterado e republicado pela Lei 5/2012.

7. A Convenção de Berna vigora na RAEM, por Decreto do Presidente da República de Portugal, nos termos do artigo 292.º, n.º 1, da Constituição e dos artigos 3.º, n.os 2 e 3, 69.º e 70.º do Estatuto Orgânico de Macau. Na publicação em Boletim Oficial datada de 22 de Abril de 1999, pode ler-se: É estendida ao território de Macau, nos mesmos termos em que a ela está vinculado o Estado Português, a Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de Setembro de 1886, tal como revista pelo Acto de Paris de 24 de Julho de 1971, aprovada pelo Decreto n.º 73/78, de 24 de Julho, cujo texto foi publicado no Diário da República, 1.ª série, de 26 de Julho de 1978.

Igualmente em conformidade com a Convenção de Berna e por oposição ao consagrado na lei inglesa, por exemplo, Macau não prevê um elenco taxativo de categorias de obras protegidas, optando, tão-somente por uma enumeração exemplificativa, decorrendo desta enumeração que qualquer criação do espírito ou intelectual, poderá ser tutelada pelo direito de autor, ainda que não se encontre prevista na lista constante do art.2º do Decreto-lei 43/99^[8].

Já no que aos direitos morais^[9] diz respeito, e enquanto direitos pessoais que são, surgem, pois, de forma automática com o ato de criação da obra, não podendo ser transmitidos *inter vivos*^[10]. São direitos que asseguram o respeito pela personalidade do autor, permitindo ao próprio o controlo da utilização da obra, independentemente da transmissão dos respetivos direitos patrimoniais.

Não obstante o profundo desagrado por parte dos países onde o sistema de copyright vigora, a Convenção de Berna acabou por reconhecer a existência de direitos morais, através daquilo a que apelida por direito à paternidade e à integridade^[11]. No entanto, o ceticismo permanente destes países relativamente a esta matéria forçou a exclusão de quaisquer obrigações resultantes da Convenção de Berna relativamente aos direitos morais estatuídos no Acordo TRIPS^[12].

8. Reza como segue o artigo 2º da Lei 43/99, republicado pela Lei 5/2012: “1. São obras protegidas, desde que originais, nomeadamente: a) Os textos de carácter literário, jornalístico, científico ou qualquer outro, incluindo os programas de computador; b) As conferências, lições, alocações e sermões; c) As obras dramáticas e dramático-musicais e a sua encenação; d) As obras coreográficas e pantomimas, cuja expressão se fixe por escrito ou por qualquer outra forma; e) As composições musicais, com ou sem palavras; f) As obras cinematográficas, televisivas, videográficas e outras obras audiovisuais; g) As obras de desenho, tapeçaria, pintura, escultura, cerâmica, azulejo, gravura, litografia e arquitectura; h) As obras fotográficas ou produzidas por quaisquer processos análogos aos da fotografia; i) As obras de artes aplicadas, os desenhos ou modelos industriais e as obras de design que constituam criação artística; j) As ilustrações e as cartas geográficas; l) Os projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura, à geografia ou às outras ciências; m) Os lemas ou divisas, ainda que de carácter publicitário; n) As paródias e outras composições literárias ou musicais, ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra; o) As bases de dados informáticas e outras compilações, que sejam originais no critério de organização das matérias ou na seleção do conteúdo. 2. As sucessivas edições de uma obra, ainda que corrigidas, aumentadas, refundidas ou com mudança de título ou de formato, não são obras distintas da obra original, nem o são as reproduções de obra de arte, embora com diversas dimensões. 3. A protecção concedida às bases de dados informáticas e outras compilações de dados não abrange os dados ou assuntos compilados, sem prejuízo de quaisquer direitos que sobre eles recaiam.

9. Os direitos morais são direitos pessoais que ligam o criador de uma obra ao seu trabalho. O direito de autor comporta os direitos morais, designadamente o direito de reivindicar a respetiva paternidade e assegurar a genuinidade e integridade da obra opondo-se a qualquer mutilação, deformação ou outra modificação, bem como qualquer ato que afete a honra e reputação do autor, mesmo depois de transmitida a obra, *in* Infopédia – Dicionários Porto Editora. www.infopedia.pt.

10. Os direitos morais caracterizam-se pela inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, subsistindo mesmo depois da morte do seu autor e da extinção dos direitos patrimoniais, *in* Infopédia – Dicionários Porto Editora. www.infopedia.pt.

11. Art.6º-BIS da Convenção de Berna: 1) *Independente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessação dos referidos direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação.*

12. O Acordo TRIPS – Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, é um dos acordos constitutivos da Organização Mundial do Comércio de que Macau é membro fundador.

Em boa hora, o Tratado da OMPI^[13] (organização mundial de propriedade intelectual) sobre direito de autor, a que Macau aderiu em 2013^[14], impôs às Partes Contratantes o reconhecimento obrigatório de todos os direitos de paternidade e integridade da obra plasmados na Convenção de Berna.

Assim, e uma vez mais em harmonia com esta disposição internacional, o direito de autor em Macau contempla o direito pessoal, inalienável, irrenunciável e imprescritível sobre a obra protegida, permitindo a reivindicação da sua paternidade, mantendo-a inédita e assegurando a sua integridade^[15], razão pela qual os direitos morais não se transmitem com a oneração dos patrimoniais, permanecendo, antes, na esfera jurídica do autor, mesmo depois da alienação destes últimos.

Importa chamar, igualmente a atenção para o facto da lei de Macau contemplar diversos modos, independentes entre si, para a utilização da obra, podendo subsistir, em paralelo e com distintas remunerações, várias formas de utilização por parte do autor ou de terceiros, sejam elas reprodução, publicação, adaptação ao cinema ou transmissão sem fios^[16].

13. O Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor (WCT) é um acordo especial ao abrigo da Convenção de Berna que regula a proteção das obras e dos direitos dos seus autores no ambiente digital. Para além dos direitos reconhecidos pela Convenção de Berna, são-lhes concedidos certos direitos económicos. O Tratado trata igualmente de dois assuntos a serem protegidos pelos direitos de autor: (i) programas de computador, qualquer que seja o modo ou forma da sua expressão; e (ii) compilações de dados ou outro material ("bases de dados"). Para mais informações, vide www.wipo.int.

14. *Aviso do Chefe do Executivo n.º 43/2013, de 18 de Dezembro*. Considerando que a República Popular da China notificou, em 2 de Agosto de 2013, o Director-geral da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre a aplicação na Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor, adoptado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996 (doravante designado por «Tratado»); Considerando ainda que o Director-Geral da OMPI confirmou, por nota datada de 6 de Agosto de 2013, a aplicação do referido Tratado na Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China com efeitos a partir de 6 de Novembro de 2013*. O Chefe do Executivo manda publicar, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 3/1999 da Região Administrativa Especial de Macau, o referido Tratado, nos seus textos autênticos em línguas chinesa e inglesa, www.bo.io.gov.mo

*WCT Notification No. 79 WIPO Copyright Treaty Declaration by the People's Republic of China

The Director General of the World Intellectual Property Organization (WIPO) presents his compliments to the Minister for Foreign Affairs and has the honor to refer to the deposit by the Government of the People's Republic of China, on March 9, 2007, of its instrument of accession to the WIPO Copyright Treaty, adopted at Geneva on December 20, 1996 (see WCT Notification No. 66). In this respect, the Director General has the honor to notify the deposit, on August 6, 2013, by the Government of the People's Republic of China of the following declaration:

- "in accordance with the Basic Law of the Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China, the Government of the People's Republic of China decides that the Treaty shall apply to the Macao Special Administrative Region". The said declaration shall enter into force, with respect to Macao, China, on November 6, 2013, www.wipo.int

15. Art. 7º, n.3, da Lei 5/2012: "O direito pessoal de autor compreende os poderes de: a) Manter a obra inédita; b) Reivindicar a paternidade da obra e ser identificado como autor no original, em cada exemplar e em qualquer publicidade; c) Retirar a obra de circulação, nos termos do artigo 48.º; d) Assegurar a genuinidade e integridade da obra e opor-se a qualquer mutilação ou deformação e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra ou reputação do autor".

16. Vide, art.56º da Lei 5/2012, publicada no Boletim Oficial n.15, de 10 de Abril de 2012.

No que ao prazo de proteção diz respeito, a legislação quer local quer internacional prevê a caducidade da proteção patrimonial e moral de 50 anos^[17] após a morte do autor, salvo disposição especial em contrário.

Em virtude do extraordinário desenvolvimento digital ocorrido nas últimas décadas, os direitos de autor têm vindo a sofrer uma serie de alterações no sentido de continuarem a cumprir o escopo para o qual foram criados, neste novo e apelativo mundo tecnológico, o qual, todavia, torna bastante fácil a prática de atos ilícitos em grande escala, à distância e velocidade de um simples clique sem, praticamente, quaisquer custos associados.

Numa tentativa de defesa e proteção, também as indústrias culturais começaram a utilizar essa mesma tecnologia para impedir ou limitar o acesso ou reprodução de conteúdos sem prévia autorização^[18].

Perante isto, e como resposta a estes novos desafios, evitando que as medidas tecnológicas sejam neutralizadas impunemente, toda a legislação autoral tem vindo a sofrer profundas mutações, designadamente por força do já aludido Tratado da OMPI, de 1986 de que Macau também faz parte.

3. A Lei 5/2012

Em conformidade com as alterações introduzidas ao Decreto-lei 43/99, pela Lei 5/2012, a qual adapta todo o regime dos direitos de autor em Macau aos padrões internacionais de proteção^[19], decorrentes das características singulares da sociedade de informação, passa a considerar-se medida tecnológica de proteção, toda a tecnologia utilizada em obras ou prestações protegidas,

17. Vide, art.188o da Lei 5/2012, publicada no Boletim Oficial n.15, de 10 de Abril de 2012.

18. Podemos ter vários tipos de medidas de proteção tecnológica, designadamente medidas de controlo de acesso, as quais restringem o acesso a uma obra, ou medidas de controlo de cópia, as quais restringem o que pode ser feito com o trabalho. A título exemplificativo podemos classificar como medidas de controlo de acesso, as palavras-passe, paywalls ou subscrições, chaves de registo, limites de tempo (por exemplo, 48 horas de aluguer de filmes), limites do número de utilizadores em simultâneo (por exemplo, livros eletrónicos de bibliotecas), encriptação/scrambling (por exemplo, codificação regional em DVDs, bloqueio de IP com base na localização) e incompatibilidade seletiva (por exemplo, um CD que poderá ser lido num leitor de CD mas não num leitor de CD de computador). Já no que diz respeito ao controlo de cópia, podemos classificar como medida tecnológica de proteção as obras só de leitura (por exemplo, livros eletrónicos), bloqueio de download (por exemplo, conteúdo de streaming), bloqueio de cópias (por exemplo, música e filmes digitais), bloqueio de impressão, etiquetagem e marcas de água.

19. Art.1o da Lei 5/2012, de 1 de Junho de 2012, publicada no Boletim Oficial, n.15, de 10/04/2012.

que no decorrer da sua normal utilização, impeça ou condicione o acesso, sem autorização de quem de direito, a uma obra ou prestação protegida, ou a prática não autorizada de ato reservado pela lei ao titular de direitos ^[20]

De forma a acautelar uma correta interação entre as medidas tecnológicas e todas as exceções e limitações previstas na lei, o Decreto-lei 43/99, não estatui como crime a neutralização de uma medida tecnológica de proteção quando esta constitua um meio necessário para a utilização de uma obra ou prestação protegida com escopo não lucrativo, de investigação científica ou de educação ^[21].

Relativamente à gestão de direitos, individuais ou coletivos, a tendência é a criação de elementos de identificação com capacidade para procederem à identificação do autor ou da obra e respetivas condições de utilização.

A fim de contornar a real possibilidade de eliminação ou modificação desses mesmos elementos, os Tratados da OMPI para além de protegerem as medidas tecnológicas, tutelaram, igualmente, as informações para essa mesma gestão de direitos, tendência acolhida, igualmente, pelo Decreto-lei 43/99, designadamente no estatuído no art.214º-E.

4. A 4ª Revolução Industrial

Há já muito tempo que a questão da Inteligência Artificial, deixou de pertencer ao imaginário científico para fazer parte do quotidiano de cada um de nós, das organizações, dos governos, em suma, da sociedade em geral.

A inteligência artificial em conjunto com uma internet mais ubíqua e móvel, marca, indelevelmente o início da chamada quarta revolução industrial ^[22].

20. Art.214-A do Decreto-Lei 43/99, republicado pela Lei 5/2012, de 1 de Junho de 2012, publicado no Boletim Oficial, n.15, de 10/04/2012.

21. Art.214o-D, al.b), do Decreto-Lei 43/99.

22. O termo 4ª Revolução Industrial, foi criado em 2016 por Klaus Schwab, professor e fundador do Fórum Económico Mundial, num livro com o mesmo nome.

Através da Inteligência Artificial é possível assistir a uma tecnologia que consegue imitar um pensamento baseado na mente humana ou num raciocínio lógico, ou que age de forma a atingir um determinado objetivo ou a reproduzir um comportamento humano.

Presentemente, e atendendo aos avanços e à complexidade das tarefas que um sistema se encontra habilitado a executar, é possível classificar a Inteligência Artificial em quatro grandes tipos, os quais funcionam como uma espécie de consenso que conclui que as máquinas inteligentes e sensitivas se estão a aproximar cada vez mais.

Todos nós imaginamos um tempo em que a IA se torna, praticamente personificada, onde teremos robôs humanoides com capacidade de aprender, de perceber e de agir como uma pessoa. Já é uma realidade máquinas que compreendem comandos verbais, distinguem imagens, conduzem carros autónomos e até nos batem quando jogamos contra elas. A questão que agora se coloca é quanto tempo poderá demorar até que caminhem entre nós?

4.1. Os quatro tipos de Inteligência Artificial

Arend Hintze ^[23] renomado professor e investigador na área da IA, trabalha no sentido de encontrar uma fórmula para desenhar um robô capaz de aprender por si próprio. Para tal, diz que a IA terá de seguir o mesmo processo de aprendizagem de uma pessoa. Nesse sentido, Hintze estabeleceu uma classificação com quatro tipos de inteligência artificial.

Assim, e de forma muito geral, apresenta-nos em primeiro lugar, as Máquinas Reativas, os tipos mais básicos de sistemas de IA, puramente reativos e sem qualquer capacidade para formar memórias, as quais se tornam essenciais para se utilizarem experiências passadas na tomada de decisões futuras ^[24].

23. Professor de Biologia Integrativa e Ciência Informática na Universidade de Michigan, USA.

24. *Deep Blue* era um supercomputador criado pela IBM. Conseguiu vencer o grão-mestre internacional Garry Kasparov no xadrez. Aconteceu no final dos anos 90 e é o exemplo perfeito deste tipo de máquina.

Conseguia identificar as peças de um tabuleiro de xadrez e saber como cada uma se movia. Conseguia fazer previsões sobre os melhores movimentos e escolher o melhor de todas as possibilidades, mas não tinha noção do passado, não tinha qualquer memória do que já passou. O computador não conseguia perspetivar potenciais jogadas do seu adversário nem conseguia tentar colocar as suas próprias peças em melhor posição. Cada jogada era vista como a sua própria realidade, separada de qualquer outro movimento que tivesse sido feito de antemão.

Em segundo lugar, surge-nos a IA de Memória Limitada, a qual bem mais complexa já engloba máquinas com memória, que olham para o passado, utilizando essa informação para a tomada de decisões futuras. É o caso dos automóveis autónomos quando observam a velocidade e a direção de outros veículos, por exemplo ^[25].

No entanto, estas simples peças de informação sobre o passado são apenas transitórias. Não são guardados como parte da biblioteca de experiências do automóvel. Nestes tipos de inteligência artificial, a máquina não pode compilar a experiência ao longo de anos, como tão bem o faz um ser humano.

Então como podemos construir sistemas de IA que construam representações completas, recordar as suas experiências e aprender a lidar com novas situações?

O terceiro tipo de IA, conhecido por Teoria da Mente, envolve a compreensão de que as pessoas, outros animais e objetos no mundo podem ter pensamentos e emoções que afetam os seus próprios comportamentos, sendo este um dos pontos cruciais para a forma como os seres humanos formam as sociedades, permitindo a correspondente interação social.

A criação de máquinas avançadas que possam caminhar entre nós deverá possuir, pois, uma compreensão de como pensamos, de como nos sentimos, saber o que esperamos e como queremos ser tratados, conseguindo, assim, ajustar o seu comportamento tal e qual um humano o faria.

Essencialmente, as máquinas terão de ser capazes de compreender e processar o conceito de “mente”, as flutuações das emoções na tomada de decisões e um vasto conjunto de outros conceitos psicológicos em tempo real, criando uma relação bidirecional entre as pessoas e a IA.

25. Na verdade, para estes automóveis conseguirem funcionar desta forma, os objetos específicos têm de ser identificados e monitorizados ao longo do tempo. Digamos que todas estas informações são acrescentadas às representações de memória pré-programadas destes automóveis, as quais incluem marcas de faixa, semáforos e outros elementos importantes, tais como curvas na estrada. São, ainda, acrescentadas experiências, tais como quando o carro decide mudar de faixa a fim de evitar um potencial acidente.

Em quarto e último lugar, surge-nos a Autoconsciência, o tipo de IA onde se construirão sistemas capazes de formar representações de si próprios. Será o tempo de compreender não só a consciência, mas também de construir máquinas que a tenham.

Os seres humanos têm consciência de si próprios, conhecem os seus estados internos e podem prever os sentimentos dos outros. Estamos provavelmente, ainda, longe de criar máquinas que sejam Auto conscientes, contudo, os esforços concentram-se na compreensão da memória, na aprendizagem e na capacidade de suportar as decisões em experiências passadas.

4.2. A Inteligência Artificial na Contemporaneidade

Podemos, ainda, não ter chegado aí, mas a verdade é que se olharmos para todo este exponencial desenvolvimento, responsável por criações tecnológicas tão abrangentes como robôs e assistentes virtuais^[26] que substituem humanos, drones, termostatos inteligentes, carros autónomos, nanotecnologia^[27] ou moeda digital, percebemos que já são muito poucas as tarefas executadas a 100% por humanos.

E se nos detivermos, especificamente, no campo artístico, facilmente constatamos a existência de algoritmos que produzem pinturas, poemas, livros e músicas com muito pouca ou mesmo nenhuma contribuição humana para o resultado final.

Também grandes plataformas sociais como o Pinterest, Instagram, Netflix ou Spotify desmaterializam obras autorais, permitindo, dessa forma e através da interação entre usuários, a livre circulação de conteúdos sem qualquer identificação ou até a modificação dos próprios conteúdos originais.

26. Entre várias, destacamos as conhecidas Siri e Alexa.

27. Nesta matéria já estão em desenvolvimento nanomateriais 200 vezes mais fortes que o aço e um milhão de vezes mais finos que um fio de cabelo, assim como o primeiro transplante do fígado, impresso em 3D. Para um aprofundamento desta matéria ver por todos, Klaus Schwab in *A Quarta Revolução Industrial*, Levoir, 2019.

A isto tudo acresce a nova realidade criada pelo Metaverso ^[28], uma versão da internet em 3D, a qual alterará por completo a forma como nos comunicamos digitalmente, transportando-nos para todo um mundo novo de realidade aumentada e realidade virtual, onde técnicas como a holografia ou representação por avatares constituirão o dia-a-dia empresarial.

4.2.1. NFTs

Os NFTs acrónimo para a expressão em inglês “non-fungible token”, constituem o mais recente desafio do mundo digital aos direitos de autor, designadamente no que à titularidade ^[29], direitos patrimoniais e ubiquidade das obras no mundo digital, diz respeito.

Os NFT são unidades criptografadas de dados, com metadados exclusivos, não substituíveis e que os distinguem entre si ^[30]. Podem conter vários tipos de informação, como a identidade ou as criações artísticas de diferentes indivíduos. Os NFTs aproveitam as potencialidades da tecnologia de blockchain para criar arquivos digitais não fungíveis contendo uma imagem, um elemento gráfico ou um vídeo – fator que é de especial importância para a indústria do entretenimento e que determina seu valor no mercado, sendo, portanto, ativos transacionáveis. Esta particularidade torna os NFT”s especialmente apetecíveis para representar obras de arte digitais, fotografias, vídeos ou jogos virtuais ^[31].

Pese embora, constituam metadados exclusivos e não substituíveis, a criação de um NFT não requer especial complexidade. Qualquer pessoa o poderá fazer, podendo esse NFT representar uma obra já existente em domínio

28. O termo surgiu em 1992 no livro de ficção científica *Snow Crash*, de Neal Stephenson, onde este mundo digital existe em paralelo com o mundo real.

29. Em traços muito gerais, adquirir a titularidade de um NFT (obra protegida por direitos de autor), não concede, em princípio, a titularidade dos direitos de autor sobre a obra representada, uma vez que o comprador do NFT está apenas a adquirir metadados em relação à obra representada e não a obra em si.

30. Os NFT”s prometem alterar o paradigma da ubiquidade dos bens intelectuais, exponenciada no mundo digital, ao introduzirem o novo conceito da “escassez digital”. A autenticidade, rastreabilidade e prova de titularidade, dão aos autores a perspetiva de poder controlar os seus ativos digitais, tornando-os mais valiosos.

31. Os NFT”s têm sido especialmente usados para representar conteúdo digital. É mundialmente conhecido o caso do fundador do Twitter, Jack Dorsey, que em plena pandemia - 23 de março de 2021 - vendeu o seu primeiro tweet por quase 3 milhões de dólares. O tweet era, unicamente, composto por uma pequena mensagem onde se lia: “just setting up my twttr”.

público ou cuja titularidade pertença a um autor diferente de quem a criou, bastando para isso que sejam cunhadas informações erradas na blockchain.

Importa, por isso, definir se a geração de um NFT que representa uma obra protegida viola ou não os direitos de autor associados ^[32].

Sem qualquer unanimidade na doutrina, surgem-nos, por um lado, os defensores dos NFT's que os veem como um simples URL ^[33], código que representa uma obra, não existindo, portanto, qualquer infração de direitos de autor, na medida em que a obra não está a ser alvo de adaptação, distribuição ou reproduzida de qualquer forma; Por outro lado temos os titulares de direitos, que defendem e entendem que a representação de obras num NFT faz parte do conteúdo do direito de autor e, por isso, exige a devida autorização.

Apesar de ser já este o estado da arte, a verdade é que os quadros normativos tardam em acompanhar o ritmo vertiginoso desta verdadeira rutura social e jurídica, razão pela qual se torna tão urgente e necessária uma verdadeira reconfiguração e adaptação, a fim de se encontrarem respostas conclusivas sobre a qualificação destas e de todas as outras obras digitais dentro do universo dos institutos jurídicos dos direitos de autor.

4.3. Respostas legislativas

Em traços gerais, temos duas grandes teorias norteadoras da proteção autoral. De um lado, a corrente naturalista, a qual, tal como o nome indica, defende a ideia que somente o ser humano poderá ser autor, uma vez que a obra nada mais é do que uma externalização da personalidade humana, ou uma forma de manifestação do trabalho intelectual ou físico de quem o cria.

Do outro lado, surge-nos a corrente utilitarista, que vê a proteção legal como um mecanismo de incentivo à produção artística, uma vez que, ao se estabelecerem estruturas de incentivos económicos para os autores, estão-se

32. Já existem relatos públicos de autores que se queixaram que as suas obras estão a ser comercializadas como NFT's sem qualquer autorização.

33. Sigla para Uniform Resource Locator, localizador uniforme de recursos.

a proteger os próprios, ao mesmo tempo que se protege e beneficia toda a sociedade com mais cultura e entretenimento.

Jurisdições como Estados Unidos, Reino Unido ou União Europeia, onde já se atribuem direitos autorais a obras de arte criadas por algoritmos, a tendência é seguir a corrente naturalista, ou seja, entende-se que na falta de um sujeito de direitos a quem atribuir a autoria deste género de obras, as mesmas ficam desprovidas de tutela jurídica, passando a integrar o domínio público^[34].

Muito embora seja esta a tendência nestas importantíssimas jurisdições, a verdade é que, ainda é muita a controvérsia, insistindo a doutrina num maior aprofundamento do debate, o qual passará, antes de mais, por procurar entender qual o nível de envolvimento dos seres humanos e das máquinas criativas no processo de criação artístico.

Será que deveremos olhar para a tecnologia como mera ferramenta para a produção, como no caso das máquinas fotográficas e do indissociável papel do fotógrafo na produção da imagem final ou,

Deveremos, tão-somente, olhar para a criação de forma individual, reconhecendo os casos em que até houve uma contribuição humana inicial mas o resultado final é fruto da IA, ou, ainda,

Aqueles casos em que os algoritmos atuam com pouca ou nenhuma participação humana, situações em que os criadores de inteligência artificial são, geralmente redes neurais artificiais que não conseguem prever o resultado final.

Nestas situações, os usuários da ferramenta limitam-se a selecionar estilos ou a apertar um ou dois botões, sem qualquer esforço criativo relevante, à semelhança dos proprietários das máquinas que tão-pouco têm qualquer influência sobre o conteúdo produzido.

Recordemos a este propósito o famoso episódio da selfie do Naruto, um macaco que ficou famoso por tirar uma fotografia a si próprio.

34. A entrada de uma obra no domínio público significa que ela passa a poder ser utilizada livremente, sem necessidade de autorização ou de pagamento de quaisquer direitos de autor. Cfr. Art.25º do Decreto-lei 43/99, na versão atualizada pela Lei 5/2012.

Na altura a autoria foi atribuída ao fotógrafo que, apesar de não ter tirado a fotografia, teve a ideia de deixar a máquina na floresta para que os macacos se fossem familiarizando com o equipamento, acabando por o utilizar.

Tendo acontecido, realmente, assim, então não restariam dúvidas que o fotógrafo teve, efetivamente, o controle criativo da obra, mesmo não tendo disparado a máquina.

Situação completamente diferente teria sido se Naruto tivesse roubado a máquina e tirado de forma involuntária a fotografia, fazendo com que não houvesse controlo criativo sobre a mesma.

O que mais ressalta deste caricato episódio foi sem dúvida, ter acabado por constituir o mote para o ressurgimento da discussão acerca da possibilidade de atribuição da autoria a animais não humanos ^[35], na mesma linha da atribuição da autoria a máquinas.

Imaginemos um robô que plagia, quem responderá pelo dano? Acompanhará o universo autoral a discussão europeia no sentido da consagração jurídica da figura da e-personality? ^[36] Será possível atribuir personalidade própria a robôs?

5. A Nova Diretiva Europeia

Em Junho de 2019 entrou em vigor na União Europeia, a nova Diretiva sobre Direitos de Autor no Mercado Único Digital ^[37], de forma a uniformizar e sintonizar todo o mercado europeu com as novas formas de produzir,

35. A discussão deste caso, conhecido no mundo inteiro, continuou nos tribunais norte-americanos, os quais acabaram por decidir que o fotógrafo a quem pertencia a máquina fotográfica que registou a selfie de Naruto tinha que pagar 25% de todas as receitas geradas pela mítica foto às entidades que trabalham na proteção do habitat de Naruto, na Indonésia, acabando por ir ao encontro da possibilidade de animais não humanos serem, igualmente, detentores de direitos autorais, ou pelo menos, parte deles.

36. Personalidade digital ou e-personality foi o termo proposto pelo Parlamento Europeu num projeto sobre a atribuição de personalidade jurídica a robôs e demais agentes de Inteligência Artificial, Cfr. Draft Report, European Parliament, 2015/2013, 31/05/2016, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.

37. DIRETIVA (UE) 2019/790 Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Abril de 2019. Os Estados-membros dispuseram de um prazo de cerca de dois anos (até 7 de Junho de 2021) para proceder à sua transposição, no entanto, apenas três conseguiram cumprir o estatuído, dentro do prazo previsto.

distribuir e aceder em linha aos conteúdos criativos, proporcionando um alto nível de proteção aos titulares de direitos, reduzindo, desta forma, a diferença de valor entre os lucros realizados pelas plataformas de internet e os criadores de conteúdos.

São cada vez mais os utilizadores da Internet que acedem a conteúdos musicais ou audiovisuais em linha, sendo que, atualmente, as receitas dos criadores provêm sobretudo da vertente digital, tornando-se basilar que as grandes plataformas digitais que oferecem o acesso a obras protegidas carregadas pelos seus utilizadores remunerem os autores pela utilização que fazem das mesmas.

Esta nova regulamentação diz, exatamente, respeito às relações entre os titulares de direitos de autor e as plataformas em linha, assim como a remuneração dos diferentes artistas e criadores, procurando garantir uma justa e inalienável remuneração a todos os criadores e titulares de direitos, editores de imprensa e jornalistas, especialmente quando os seus trabalhos são utilizados em linha, conferindo maior segurança jurídica e maior equilíbrio negocial entre todas as partes envolvidas.

Outro dos pontos fundamentais contemplados nesta nova legislação diz respeito ao princípio da remuneração adequada e proporcional aos autores. Em conformidade com este princípio, os autores terão direito a receber uma remuneração equitativa sempre que transferirem os seus direitos a terceiros, o que acontece com especial incidência nas obras audiovisuais.

A nova Diretiva contempla, ainda, um conjunto de garantias com vista à proteção da liberdade de expressão dos utilizadores em linha, permitindo-lhes partilhar legitimamente os seus conteúdos, assim como cria um conjunto de exceções para a utilização em linha e além-fronteiras de material protegido por direitos de autor para fins de educação, investigação e preservação do património cultural.

6. Conclusão

Aqui chegados e em jeito de conclusão, facilmente constatamos que muito embora as questões dos direitos de autor sejam omnipresentes neste novo mundo digital, os direitos morais, elemento essencial dos direitos de autor na grande família jurídica onde também se insere o direito de Macau, permanecem na obscuridade, em grande parte devido à centralização dos múltiplos debates sobre a matéria nos incontornáveis direitos patrimoniais e todo o vasto conjunto de interesses económicos daí resultantes, por oposição a um conjunto de direitos morais que se centram, basicamente, na atribuição e integridade das obras, acabando por envolver apenas consequências comerciais indiretas.

Apesar disso, toda esta explosão de matéria disponível em formato digital, assim como a manifesta facilidade com que pode ser manipulada, tem vindo a fazer com que o foco da discussão se desvie um pouco da tradicional hegemonia económica, começando-se a assumir uma genuína preocupação na preservação da integridade da cultura e do conhecimento, assim como no acesso a uma informação fiável, revelando-se imperativa a preservação da reputação dos autores a nível global, num contexto totalmente digital (também ele carente de proteção) para que a integridade das tecnologias de inteligência artificial se possam consolidar em definitivo.

Num mundo onde a aprendizagem mecânica é cada vez mais normal e a criatividade das máquinas cada vez mais comum, os direitos morais podem e devem assumir um papel charneira na distinção e proteção dos direitos dos indivíduos representando um enorme desafio às formas estabelecidas de pensar os direitos de autor, acabando por proporcionar um fascinante contraponto à hegemonia de todas as questões económicas, acabando por se transformar numa ótima ajuda no trilhar de novos caminhos e abordagens para a resolução dos conflitos de direitos de autor, secundarizando desta forma a corrente que tem procurado relegar para a orfandade a questão dos direitos morais, na era digital.

O Metaverso Não Existe, Mas Já Tem Impacto

*THE METAVERSE DOES NOT EXIST,
BUT ALREADY HAS AN IMPACT*

João Vacas

Licenciado em Direito, Mestre em Política Internacional, Doutorando em Teoria Política. Advogado Consultor da Abreu Advogados e Membro da Direcção do seu Instituto de Conhecimento, Professor Convidado e Resident Scholar do Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa. Vice-Presidente da Mesa da Assembleia-Geral da FALP.

O Metaverso Não Existe, Mas Já Tem Impacto
João Vacas



Resumo

Este artigo duvida da existência do metaverso enquanto tal, mas não do seu impacto e consequências. Procura identificar algumas das principais questões jurídicas que aquele suscita e os problemas sociais que lhe subjazem. Não é especialmente otimista, desconfiando mais dos riscos que decorrem da imutabilidade do que é ser humano do que da alegada novidade que parece ser mais uma reinterpretação da eterna dualidade da natureza humana - presa à terra, mas querendo transcendê-la - com a ajuda da tecnologia do que propriamente algo de novo. A imersibilidade prometida arrisca alienar da realidade mais do que abrir realidades novas, quanto mais universos. O Direito e os advogados têm que se preparar para lhe dar resposta.

Palavras-chave: Metaverso, Digitalização, Não-Lugares, Não-Coisas, Humanidade.

Abstract

This paper doubts the existence of the metaverse as such, but not of its impact and consequences. It seeks to identify some of the main legal issues that it raises and the social problems that underlie it. It is not particularly optimistic, being more suspicious of the risks arising from the immutability of what it is to be a human being than of the alleged novelty, which seems to be more a reinterpretation of the eternal duality of the human nature - earthbound but wanting to transcend it - with the help of technology than something new. The promised immersibility risks alienating from reality more than opening new realities, let alone universes. Law and lawyers have to prepare to respond to it.

Keywords: Metaverse, Digitalization, Non-places, Non-things, Humanity.

O metaverso não existe. Esta afirmação, que pode parecer espúrea na edição inaugural de uma publicação jurídica lusófona dedicada ao desenvolvimento e, por isso, também atenta à transição digital em curso, é rigorosamente verdadeira. Não existe.

A sua inexistência não se prende sobretudo com a sua não-materialidade, mas, antes, com a circunstância de não ser reconhecível neste momento uma unidade qualificável, por si só, como “o” metaverso.

A mudança de nome do *Facebook* para *Meta* é um dos reflexos mais flagrantes das ambições hegemónicas que se divisam e se perfilam em torno desta realidade em construção; mas esta e elas mantêm-se num plano meramente aspiracional.

Para manter a analogia – forçada, diríamos – com a astronomia que decorre do neologismo “metaverso”, talvez seja possível falar em mundos ou em galáxias em formação fragmentária, mais ou menos independentes, animados por tecnologias e métodos relacionais distintos. Estes, por agora, o que têm em comum é serem virtuais, potencialmente imersivos - ainda que a imersão seja apenas uma das formas possíveis de interação - e proclamatoriamente disruptivos e interoperáveis.

A imersão potencial e a disrupção e interoperabilidade proclamadas têm animado e mesmo encantado pensadores de todos os ramos do saber, a que não poderiam faltar os juristas, sem que se consiga antecipar para já os verdadeiros alcance e consequências, nomeadamente sociais e económicos, do caminho novo que se abre. Ainda arriscamos uns tímidos primeiros passos e tropeçamos nas primeiras dificuldades tecnológicas que obstam à sua concretização. As cautelas justificam-se, como veremos.

Mas voltemos ao “metaverso”. O prefixo de origem grega coloca ambiciosamente esta realidade imaterial em construção “para lá” do universo,

ainda que nos pareça que o exercício de expansão proclamado revela mais sobre o engenho humano orientado para a prática empresarial do que propriamente transcendência efectiva do que quer que seja.

A promessa de novas experiências, de novas vidas e de novos percursos não aparenta consubstanciar nada que a humanidade não conheça e não ambicione desde que existe. Nesse aspecto, o metaverso é a confirmação, estribada na tecnologia de ponta, da imutabilidade da natureza angustiosa e dual do que é ser humano: presa à terra mas ansiando transcendê-la e conhecer o que está para lá dela.

No entanto, desta vez a superação não opera pela busca do desconhecido e pela procura do que se encontra distante, com os perigos concretos e as necessidades inventivas que lhes inerem, mas por intermédio de criações que recorrem a saberes e a tecnologias existentes ainda que tendencialmente evolutivos.

Matthew Ball descreve o Metaverso como «Uma rede massivamente dimensionada e interoperável de mundos virtuais 3D disponibilizados em tempo real que podem ser experimentados de forma síncrona e persistente por um número efectivamente ilimitado de utilizadores com um sentido de presença individual, e com continuidade de dados, tais como identidade, história, direitos, objectos, comunicações, e pagamentos.»^[1]

Remetendo novamente para o grego, e ainda que a palavra soe menos bem e seja menos apelativa, talvez estejamos sobretudo perante “paraleloversos” intranscendentes, mais orientados para a promoção da duplicação ou da segmentação das vidas humanas em compartimentos – por mais aliciantes que sejam ou pareçam esses “mundos virtuais” - do que para superações efectivas da realidade conhecida. Tanto assim é que o próprio Ball confirma que «os humanos procuram modelos digitais que mais de perto representam o mundo tal como o experimentam».^[2]

1. Ball, Matthew, *The Metaverse: And How it Will Revolutionize Everything*, Liveright Publishing Corporation, Nova Iorque, Julho de 2022, p. 29

2. Idem, p. 34.

O fenómeno técnico, económico e social da desmaterialização que permite que acolhamos, com relativa imperturbabilidade, a multiplicação destas “realidades virtuais”, sublinhando, por vezes, que tendem a ser crescentemente “realistas” decorre, em boa medida, da “sobremodernidade”, a qual, segundo Marc Augé, é um mundo em que «estamos sempre e já nunca estamos estamos «em casa»,^[3] animado por «superabundância de acontecimentos, a superabundância espacial e a individualização das referências».^[4]

Para Matthew Ball, «à medida que as nossas experiências em linha se tornam mais “reais”, colocamos mais das nossas vidas reais em linha, vivemos mais das nossas vidas em linha, e a cultura humana em geral torna-se mais afectada pelo mundo em linha.»^[5] A alusão balliana à “persistência” como elemento fundamental dos mundos no Metaverso, ao ponto de constar da sua definição deste, sublinha o problema da possibilidade do seu desaparecimento e do impacto potencial desta eliminação se a humanidade pretender efectivamente mudar-se «de forma significativa para espaços virtuais».^[6] Segundo Ball, «Para os filósofos, incluindo John Locke, a identidade é melhor entendida como continuidade da memória. Se assim for, então nunca poderemos ter uma identidade virtual enquanto tudo o que fazemos e fizemos for esquecido.»^[7]

Roger Scruton sublinhou que

Nas relações humanas, evitar o risco significa evitar a responsabilização, a recusa de ser julgado aos olhos dos outros, a recusa de estar frente a frente com outra pessoa, de se entregar a si próprio em qualquer medida a ele ou ela, e assim correr o risco de rejeição. A responsabilização não é algo que devemos evitar; é algo que precisamos de aprender. Sem ela nunca poderemos adquirir nem a capacidade de amar nem a virtude da justiça.^[8]

3. Augé, Marc, *Não-Lugares – Introdução a uma antropologia da sobremodernidade*, Livraria Letra Livre, Lisboa, 2012, 3.ª edição, p. 93.

4. Idem.

5. Ball, Matthew, *The Metaverse: And How it Will Revolutionize Everything*, Liveright Publishing Corporation, Nova Iorque, Julho de 2022, p. 34.

6. Idem, p. 47.

7. Idem, p. 48.

8. Scruton, Roger, “Hiding behind the screen”, *The New Atlantis*, disponível em <https://www.thenewatlantis.com/publications/>

Neste mundo de “metecos” (de *meta+oikos*, aqueles que estão para lá das suas casas) em contraste com o mundo paroquial (de *para+oikos*, aquilo que está perto de casa) - mais cómodo, mais conhecido e mais vivido, ainda que mais limitado que costumava ser a regra - abundam os “não-lugares” que são contrários aos “lugares antropológicos” - porque não são «identitários, relacionais e históricos»^[9] - mas também às utopias - porque existem efectivamente apesar de não albergarem qualquer sociedade orgânica.^[10] Sítios, como alguns escritórios, os aeroportos, as estradas, as paragens de autocarro/ pontos de ônibus, por onde nos limitamos a passar (apesar de passarmos neles boa parte das nossas existências) e que marcam os nossos dias, mas que são pouco ou nada marcados por nós.

Augé assinala a contradição de estes serem frequentados por «indivíduos (clientes, passageiros, utentes, ouvinte[s]), mas estes não são identificados, socializados e localizados (nome, profissão, local de nascimento, local de residência) excepto à entrada e à saída.»^[11] assim como destaca a relação contratual do utilizador com o não-lugar «ou com as potências que o governam».^[12]

Segundo Augé, «o espaço do não-lugar não cria nem identidade singular, nem relação, mas solidão e semelhança»,^[13] sendo «no anonimato do não-lugar que se experimenta solitariamente a comunidade dos destinos humanos.»^[14]

Não serão os metaversos, que se constituam, se estruturarem e que ameaçam competir pela hegemonia, meras caixas-de-ressonância dessa paradoxal solidão comunitária, sendo, pela sua própria natureza, imaterialidade e potencial fugacidade, incapazes de se estruturarem em verdadeiros lugares

hiding-behind-the-screen, acedido pelo última vez a 26 de Agosto de 2022

9. Augé, Marc, *Não-Lugares – Introdução a uma antropologia da sobremodernidade*, Livraria Letra Livre, Lisboa, 2012, 3.ª edição, p. 49.

10. Idem, p. 96.

11. Idem, p. 95.

12. Idem, p. 87.

13. Idem, p. 89.

14. Idem, p. 102

no sentido augéniano? E nenhum lugar é menos consentâneo com a reivenção permanente do que a casa de cada um.

Casa, morada, lar. Onde vivemos. Onde habitamos. Onde nos encontramos domiciliados. Onde permanecemos, Onde estamos. Onde nos estabelecemos. Onde existimos. Onde acontecemos. E onde somos.

O crioulo guineense compreendeu particularmente bem a dimensão e importância deste sentimento de ligação, de segurança e de pertença e deu à língua portuguesa a palavra “morança”: o conjunto de casas onde vive, onde mora, uma mesma família. Terão os metaversos aptidão para moranças? Dificilmente. Recorda-se que, ao definir o Metaverso, Matthew Ball referiu e procurou definir o «sentido de presença», mas não o de pertença.

Byung-Chul Han, um filósofo suíço-alemão de origem sul-coreana, rotulou a multidão inorgânica de indivíduos isolados e errantes, sem a alma nem o espírito das massas e sem a sua coerência interna, de «enxame digital»^[15] e foi mais longe que Augé ao reflectir não apenas sobre os não-lugares, mas sobre as «não-coisas» que pululam numa ordem digital que «*des-reifica* o mundo ao *informatizá-lo*»^[16]. Esta digitalização configura uma transição efectiva da «idade das coisas para a idade das não-coisas.»^[17] em que a informação e os dados superabundam e subordinam as coisas e, em última análise, as próprias vidas humanas.

São múltiplas as fontes e as experiências empíricas que parecem apontar para esta transição e para o seu efeito no modo como agimos e nos relacionamos e, mesmo, na forma como pensamos. O papel que conferimos a quem se encontra muitas vezes a muitos milhares de quilómetros em detrimento daquele que vive ao lado demonstra-o cabalmente. A agregação em comunidades desmaterializadas assentes em redes ou plataformas digitais coloca desafios novos à democracia bem como à territorialidade e ao Direito que lhe subjazem.

15. Han, Byung-Chul, *In the Swarm: digital prospects*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2017, p. 10.

16. Han, Byung-Chul, *Non-Things: Upheaval in the Lifeworld*, Polity Press, Cambridge, UK, 2022, p. 1.

17. Idem.

Para Byung-Chul Han «Uma forma de governo em que os seres humanos nada mais fizessem do que brincar seria o domínio perfeito. Juvenal cunhou a frase *panem et circenses* (pão e jogos circenses) para caracterizar a sociedade romana na qual a acção política se tornara impossível. As pessoas estavam sedadas com comida gratuita e jogos espectaculares. O rendimento básico universal e os jogos de computador seriam o moderno *panem et circenses*.»^[18]

Os avatares em que se/nos propõem reinventar-nos poderão ter esse efeito sedante. Opiáceos tecnológicos que desamarram as possibilidades, derrubam as barreiras físicas ou psicológicas colocadas pela circunstância de cada um e desinibem quem se vê poupado a estar *efectivamente* presente e à maior noção de limite que isso acarreta.

Nesses cenários, poderemos ser aquilo que quisermos, desde que permaneçamos neles, enquanto estes poderão contribuir para inibir a acção *concreta* de quem se esconde ou reinventa atrás das máscaras e de alegados super-poderes, paradoxalmente circunscritos a cada um dos espaços para-meta-universais.

Os múltiplos processos de fusões e aquisições em torno do metaverso em que se têm empenhado as empresas tecnológicas e os montantes, esses sim verdadeiramente astronómicos, neles envolvidos, bem como as projecções também impressionantes quanto ao valor provável deste mercado num futuro não muito longínquo, demonstram que o assunto não é nem uma mera excentricidade, nem é animado de propósitos essencialmente lúdicos ou beneméritos.^[19] É uma oportunidade de negócio levada muito a sério e que tem de ser tratada com idêntica seriedade pelos decisores públicos e pelos profissionais do Direito que não podem (ou não devem, pelo menos) alhear-se dela.

Talvez cheguemos “ao” metaverso por via da concentração empresarial se os nossos reguladores estiverem demasiado distraídos (ou encantados)

18. Idem, p. 11.

19. Cf. Fitri, Afiq, “Virtual worlds, real money: Why big business is investing in the metaverse”, *Techmonitor*, 12 de Junho de 2022, disponível em <https://techmonitor.ai/technology/emerging-technology/metaverse-mergers-acquisitions-investing-virtual>, acedido pela última vez a 26 de Agosto de 2022.

para impedirem semelhante hegemonia; quem sabe por estarem ocupados na construção dos seus próprios balcões de atendimento nesse espaço.

São inúmeras as questões jurídicas que os relacionamentos humanos mediados por estas “realidades virtuais potencialmente imersivas” (nas quais avultam as máquinas e os algoritmos) suscitam como sejam as atinentes à responsabilidade, à tutela da confiança, à protecção dos consumidores, dos dados, da propriedade intelectual, ao estabelecimento de padrões e de verdadeira interoperabilidade, à ciber-segurança, às relações e formatos laborais, aos meios de pagamento, às jurisdições competentes e às leis aplicáveis, à fiscalidade, à resolução de conflitos, entre tantos outros. E, em última, ou talvez em primeira, análise, ao respeito pelos direitos humanos.

Sublinha-se a palavra humanos porque o desgarramento daquilo que é corpóreo e a ilusão transumanista, que parece subjazer a vidas sempre passíveis de reinvenção e de extensão, poderão ameaçar não apenas a humanidade própria de cada um, mas turvar a visão do outro como um igual: humano porque efectivamente pessoal e relacional, finito e irrepetível, digno de respeito e de protecção.

A recreação permanente, aliada à recreação anestésica, poderão ser factores de desumanização que afastem os agentes em cenários meta-universais da constatação imediata do que é mais óbvio: atrás dos ecrãs e dos avatares podem estar pessoas. A dúvida sobre a pessoalidade não é despicienda uma vez que, em semelhantes circunstâncias, poderão interagir e relacionar-se pessoas e criações dotadas de inteligência artificial que dificultem a distinção entre uns e outros, concorrendo para aumentar a frequência e variedade dos problemas jurídicos decorrentes dessas interacções.

Não é certamente por acaso que a Comissão Europeia – que ambiciona estruturar normativamente o espaço digital europeu durante as próximas décadas - pretende apresentar em Setembro de 2022 uma proposta de Directiva ^[20] especificamente dirigida às questões de responsabilidade que

20. Ainda não conhecida à data da redacção deste artigo.

sejam suscitadas pelo recurso à inteligência artificial. Para a Comissão, certos atributos das tecnologias digitais, tais como a intangibilidade dos produtos, a sua dependência dos dados, a sua complexidade, e conectividade, apresentam desafios no tocante à aplicação das regras de responsabilidade; e o mesmo acontece com características específicas da Inteligência Artificial, tais como comportamentos autónomos, adaptação contínua, previsibilidade limitada e opacidade. Todas são susceptíveis de criar incerteza e podem dificultar o ressarcimento dos consumidores, das empresas e de outras partes lesadas por danos causados por produtos e serviços que as utilizam. A actuação de pessoas individuais ou colectivas em “ambiente metaversal” tenderá a potenciar esses riscos.

A preocupação com estes, a par das expectativas face aos benefícios aguardados nesse contexto de metaverso (no tocante à saúde, à educação, ao trabalho e ao entretenimento, por exemplo), convocam para o debate a *buzzword* do momento – sustentabilidade – e os critérios ambientais, de justiça social e de governação empresarial – conhecidos pela sigla ESG - que visam alcançá-la.

A multiplicação de galáxias tecnológicas com pretensões para-meta-universais criadas para atrair, instalar e manter activos ou, pelo menos, saciados os seus utilizadores terá necessariamente um impacto ambiental e social que urgirá acompanhar e medir, e procurar minorar, sempre que possível, os seus aspectos negativos.

Num mundo que se deseja mais verde, com pessoas mais saudáveis e activas até mais tarde, o modo como cada “meta-mundo” integrar esses valores será relevante não apenas para cada pessoa que nele “habite”, mas para as sociedades como um todo. E por sociedades entendam-se as concretas, compostas por pessoas reais e enquadradas por instituições políticas legítimas e legitimadas. As sociedades virtuais, por mais hiper-realistas que se proclamem, e as empresas que as controlem, terão de ter resultados palpáveis para apresentar, tendo sobretudo em conta que, quanto à governação empresarial, o papel das “partes interessadas” (*stakeholders*) é cada vez mais valorizado e tido em conta, a par do dos próprios accionistas (*shareholders*).

No plano social, o risco de alienação e de dependência terá de ser atendido, não bastando a preocupação comercial com cadeias de valor aparentemente justas nem sendo admissível a redução dos utilizadores à mera condição de consumidores, em que prevaleçam «critérios de satisfação» com serviços recebidos, em detrimento do respeito que é devido à dignidade pessoal.

Nesse tocante, temas como o da moderação de conteúdos, tempos máximos de utilização e o da existência ou não de limites claros à exploração humana serão incontornáveis, sobretudo porque esta tende a assumir hodiernamente muitas vezes contornos de auto-exploração em que as pessoas se posicionam voluntariamente como objectos de consumo, produzindo-se e promovendo-se como tal: verdadeiros *consommacteurs*.

São necessárias avaliações mais profundas sobre as consequências efectivas das imersões em “realidades virtuais cada vez mais realistas”, em particular ao nível da saúde mental. Byung Chul-Han lembra que «A *experiência da presença* requer *exposição, vulnerabilidade*.»^[21] e Roger Scruton que a «A verdadeira amizade revela-se em acção e afecto.»^[22]

Se são lançados alertas constantes sobre os efeitos nocivos para a saúde física e psíquica do recurso permanente de crianças e adultos aos *smartphones*, o que dizer ou o que esperar do mergulho em apneia em mundos alternativos, em que todos poderão ser tudo e nada ao mesmo tempo?

A esse propósito, Scruton considera que

Uma coisa é colocar um ecrã entre nós e o mundo; outra coisa é habitarmos o mundo nesse ecrã como a esfera primária das nossas relações. Ao atribuírmos a nossa vida emocional às aventuras de um avatar, recuamos completamente nas relações reais. Em vez de ser um meio de aumentar as relações que existem fora dela, a Internet poderia tornar-se a única arena da vida social

21. Han, Byung-Chul, *Non-Things: Upheaval in the Lifeworld*, Polity Press, Cambridge, UK, 2022, p. 57.

22. Scruton, Roger, “Hiding behind the screen”, *The New Atlantis*, disponível em <https://www.thenewatlantis.com/publications/hiding-behind-the-screen>, acedido pelo última vez a 26 de Agosto de 2022

- mas uma vida irreal envolvendo pessoas irreais. [23]

No metaverso, *Deus est machina*: as empresas que actuam como intermediários na ligação dos utilizadores entre si e com bens, serviços e conteúdos são as máximas divindades dos seus Olímpos particulares, garantindo o seu funcionamento e a regularidade das interacções de cada um daqueles que se acolhem no seu seio.

Matthew Ball conclui que «Independentemente das empresas que venham a dominar, o resultado mais provável é, de facto, que um punhado de plataformas integradas vertical e horizontalmente recolham uma parte significativa do tempo, conteúdo, dados e receitas totais no Metaverso.» [24]

Tal como já referimos a propósito das propostas de regulamentos europeus conhecidas por *Digital Services Act* e *Digital Markets Act* de 15 de Dezembro de 2020

Apesar da magnificência de muitos dos portais físicos ou da solidez defensiva com que estes se aferrolham, têm um alcance muito limitado na gestão e condução de fluxos, nomeadamente económicos, quando contrapostos aos seus equivalentes digitais. Estes são, verdadeiramente, as principais portas do tempo presente, permitindo que números altíssimos – impensáveis até há relativamente pouco tempo – de empresas e consumidores se encontrem e comerceiem.

A intermediação e os respectivos “guardiões” ou “porteiros” parecem ter assumido um papel nunca antes visto na história da humanidade. Mais do que meros obstáculos ou facilitadores, tornaram-se empresários, polícias e legisladores, bem como detentores de um manancial quase inesgotável da maior riqueza do século XXI: os dados. [25]

23. Idem.

24. Ball, Matthew, *The Metaverse: And How it Will Revolutionize Everything*, Liveright Publishing Corporation, Nova Iorque, Julho de 2022, p. 283.

25. Cf. Vacas, João, “As Sublimes Portas digitais”, *Jornal Económico*, 20 de Dezembro de 2020, disponível em <https://jornaleconomico.pt/noticias/as-sublimes-portas-digitais-678831>, acedido pela última vez a 26 de Agosto de 2022.

São abundantemente conhecidos os caprichos dos deuses clássicos e a aleatoriedade do seu relacionamento com os seres humanos, que podia oscilar entre o excessivamente íntimo e o injustamente punitivo. Estarão as novas entidades, candidatas a divindades meta-universais, imunes a tendências semelhantes?

Caberá aos Estados e a uniões deles, como a europeia, assumirem o papel de Titãs na contenda com os novos deuses, guardiões dos novos mundos (e ganharem-na, desta vez), defendendo as pessoas concretas e a sua ligação ao mundo real e às coisas tangíveis sempre que se justifique, promovendo um ambiente saudável quer de utilização, quer de desligamento dos universos paralelos.

Deveremos, a esse título, ponderar, política e juridicamente, a instituição de um “dever de desligar” que se conjugue com e complete o direito paralelo, que já faz o seu caminho no plano juslaboral? Ou serão a liberdade individual e a afeição ao mundo real suficientemente fortes para dispensar o papel do legislador?

Diríamos que os condicionamentos a que estamos sujeitos por todos os estímulos que nos rodeiam e pela hiper-informação que nos impele à reacção imediata, e que limita gravemente o tempo para reflectir e decidir, recomendam que os decisores políticos e os técnicos do Direito não se eximam das suas responsabilidades e se debruçam seriamente sobre o que pode estar em causa. Nesse exercício, as pessoas concretas, tangíveis, palpáveis, falíveis, imperfeitas e, também por isso, sedentas do que as transcende (e do que é transcendente) deverão ser colocadas em primeiro lugar.

Por maior que nos pareça a revolução em curso, se esta preservar o foco nos seres humanos, que tem de servir, talvez possa redundar apenas naquilo que T.S. Eliot identificou em “Little Gidding”:

Não deixaremos de explorar

E o fim de todas as nossas explorações

Será chegar onde começámos

E conhecer o lugar pela primeira vez.^[26]

Caso contrário, arriscamos a deambulação num caminho sem princípio nem fim, animado por impulsos e apetites, (des)estruturador de comunidades já de si erráticas e ameaçadas de efemeridade; condicionador pernicioso, não apenas da capacidade de nos relacionarmos interpessoalmente, mas da própria personalidade individual e do modo como esta se perspectiva face ao outro. A substituição da presença efectiva pela “realidade virtual” poderá até desinibir-nos, facilitar intercâmbios, alimentar negócios e promover a transmissão de informação, mas dificilmente fará de nós mais humanos.

A experiência da reclusão forçada decorrente da pandemia de COVID-19 demonstrou que a capacidade de nos dotarmos de meios para quebrar o isolamento não diminuíram, antes reforçaram, a consciência da “intencionalidade relacional” inerente a cada pessoa e que esta não se cumpre verdadeiramente com identidades reinventadas, avatares todo-poderosos ou existências a coberto de ecrãs/telas inibidores do contacto, do julgamento e da responsabilização.

As empresas que assumirem posições liderantes nos mundos e galáxias em criação, que se confrontam quotidianamente com a pressão de terem de cumprir no mundo físico critérios cada vez mais exigentes no plano ambiental, social e quanto à sua governação, que extravasam os seus próprios limites e lhes impõem cuidados à escala das cadeias de valor em que operam, terão de assumir responsabilidades idênticas ou mesmo acrescidas no metaverso.

Se este ainda não existe, ao contrário do seu impacto, presente e potencial, dificilmente poderá vir a existir como um território sem leis. Enquanto defensores dos direitos, liberdades e garantias, os advogados não poderão eximir-se a debatê-las e a contribuir para a sua qualidade e aplicabilidade.

26. Eliot, T.S. (Thomas Stearns), “Little Gidding”, *Four Quartets*, disponível em <http://www.lettersjournal.org/wp-content/uploads/2017/05/fourquartets.pdf>, p. 27, acedido pela última vez a 26 de Agosto de 2022.

Quanto maior for a “metaversalidade”, nomeadamente a dos seus clientes, mais necessário será que mantenham os pés bem assentes na terra enquanto exploram com rigor as novas nebulosas do Direito.

(escreve sem adopção das regras do acordo ortográfico de 1990)

Inteligência Artificial para... uma Justiça mais Humana

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE:
TOWARDS A MORE HUMANE JUSTICE*

Carlos Pinto de Abreu

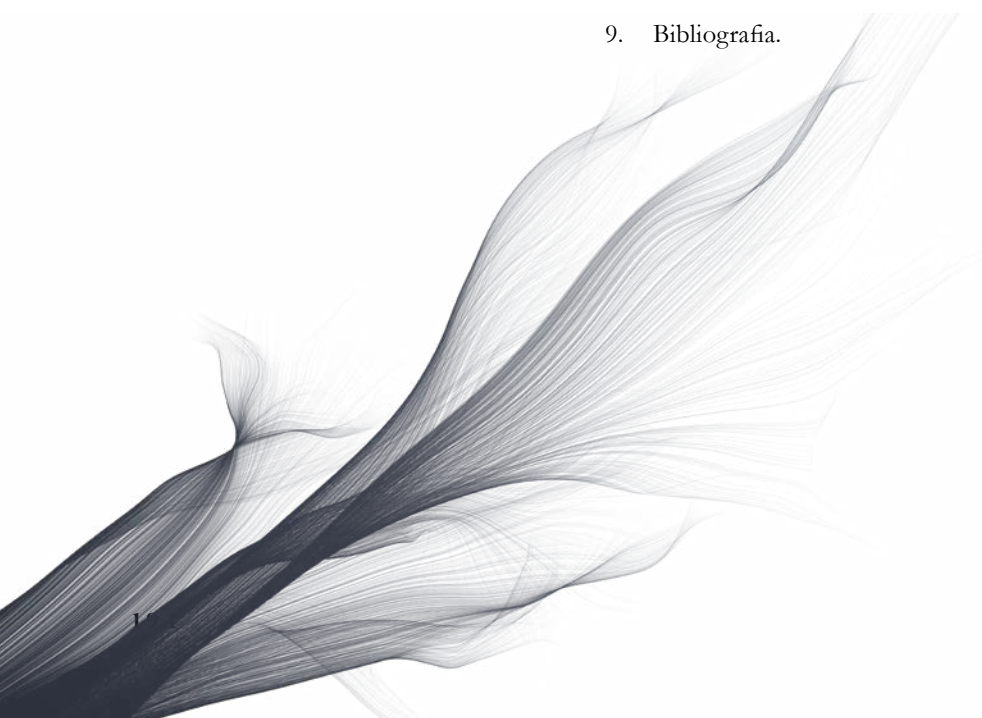
Licenciado em Direito e pós-graduado em Estudos Europeus pela Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa. Docente Universitário. Advogado com a especialidade de Direito Criminal conferida pela Ordem dos Advogados. Carlos Pinto de Abreu e Associados Sociedade de Advogados - Lisboa - Portugal.

Constança Calçada Soares

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada-Estagária / Docente no Instituto de Desenvolvimento Social.

Sumário

1. Introito.
2. A Inteligência Artificial aplicada ao Direito.
3. Motores de Busca Avançada.
4. Revisão e Análise de Documentos e Contratos.
5. Análise Preditiva Judicial.
6. Algumas Consequências da Aplicação de I.A. na Justiça.
7. Riscos das Tecnologias e da I.A. para a Pessoa e para os Direitos Fundamentais.
8. Conclusão.
9. Bibliografia.



Resumo

Do mesmo modo que alastrou para inúmeras facetas do quotidiano, a revolução da Inteligência Artificial (I.A.) já começou a impactar o Direito. Desde legisladores, a juízes e magistrados, aos advogados, nenhuma profissão na área legal ficará intocada pela sua evolução, e iremos assistir, num futuro já próximo, a transformações radicais na forma como a justiça, e os serviços a esta ligados, são ministrados. Tal facto não implicará a total substituição da inteligência humana pela artificial, em grande parte pelos enormes riscos aos Direitos Fundamentais que a aplicação de sistemas de I.A. à justiça comporta, especialmente se pouco ou deficientemente regulada. Antes pelo contrário, se a utilização de I.A. tem o potencial de beneficiar a sociedade e impulsionar o acesso efectivo à justiça, esta não pode reduzir a importância da pessoa, e deverá ser sempre utilizada com respeito pelos direitos fundamentais, numa perspectiva de controlo humano o que implicará, claro, a sua extensiva e cuidada regulamentação, e a sua relegação a um mero papel de auxiliar. O objetivo da I.A. é coadjuvar, melhorar e otimizar a justiça humana, não substituí-la.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Justiça; Direitos Fundamentais; Era Digital; Justiça Preditiva.

Abstract

Much as it has already spread to many facets of our daily lives, the A.I. revolution is beginning to affect Law in many different ways. From legislators, to judges or prosecutors, to lawyers or authorities, no legal profession will remain untouched by its evolution, and we will witness, in the near future, radical transformations in the way justice, and related services, are delivered. This fact will not entail the total replacement of human intelligence by artificial intelligence, in great part due to the enormous risks to Fundamental Rights that the application of A.I. systems to justice involves (especially if such application is poorly or not at all regulated). On the contrary, if the use of A.I. has the potential to benefit society and boost effective access to justice, it cannot reduce the importance of the individual, and should always be used with respect for Fundamental Rights, in a perspective of human control, which will have to imply, of course, extensive and careful regulation, and its application with a merely auxiliary character. The point of A.I. should be to enhance and optimize human justice, not to replace it.

Keywords: Artificial Intelligence; Justice; Fundamental Rights; Digital Era; Predictive; Justice.

1. Introito

Já se concluiu que o estudo da inteligência humana ainda está nos seus primórdios, na medida em que a mesma é produto de um sistema físico, psíquico e social global, complexo, multifacetado, com dimensões várias e uma dificuldade assinalável na sua qualificação e quantificação, sendo objecto de análise e dissecação em várias componentes “essencialmente complementares e ortogonais entre si, tais como a inteligência quantitativa, analítica verbal, emocional, espacial, entre outras” (*Arlindo Oliveira*, Professor do IST e presidente do INESC). Hoje, fruto da inventividade de várias gerações de cientistas e contributos de técnicos, a inteligência humana já não está sozinha.

A primeira aparição da Inteligência Artificial (doravante I.A) no grande ecrã ocorreu há quase 100 anos, em 1927, no filme de ficção científica alemão “Metrópolis”. Aqui, a IA aparece encarnando um robô humanoide determinado a assumir o controlo da Metrópolis, causando o caos na cidade. Dificilmente encontraremos melhor demonstração daquela que, há muito tempo, é a perspectiva negativa ou desconfiada dos seres humanos sobre inteligência artificialmente criada: parece que, desde que tal ideia foi concebida, que a humanidade tem temido a sua eventual destruição às mãos das suas criações.

Se tal visão distópica era algo fantasiosa há quase um século, antes de qualquer pessoa andar com um minicomputador no seu bolso, o mesmo já não pode ser dito actualmente, em que a existência de sistemas totalmente autónomos, em matérias tão diversas, está cada vez mais perto de se tornar realidade. Mas se antigamente temíamos a destruição da raça humana, hoje o receio mais premente tem uma base de verdade: os actos dos humanos já estão a ser substituídos por decisões automatizadas tomadas por máquinas.

Tal como em inúmeras outras áreas, o Direito não ficará imune a estas transformações. Levantar-se-ão questões de responsabilidade e outras. Mas a questão principal que se colocará aqui já não é se a I.A. vai mudar o paradigma legal, mas antes em que moldes e com que intensidade o vai fazer. Irá a Justiça passar a ser totalmente administrada por entidades totalmente robóticas, ou não empáticas, e imparciais, ou cegas? Perguntando de outra forma: iremos migrar de uma Justiça Humana para uma Justiça Artificial?

O presente artigo procurará, então, com muita simplicidade e sem pretensões, analisar o impacto que sistemas de I.A. terão (e já têm) no Direito, com enfoque na actividade jurisdicional e na prática da advocacia. Para isso, o texto será dividido em três partes.

A primeira, traduzir-se-á numa breve introdução a conceitos de I.A e das suas aplicações na prática do Direito. De seguida, far-se-á uma análise preditiva das principais consequências da automatização da justiça com enfoque, em particular, na questão da total ou parcial substituição dos seres humanos pelas máquinas e, ainda, no potencial da I.A. para revolucionar o acesso à Justiça. Por fim, explorar-se-ão alguns dos riscos que a utilização não regulada de I.A. no Direito pode representar para os direitos fundamentais.

2. A Inteligência Artificial aplicada ao Direito

Como realidade complexa e em constante evolução que é, o termo “Inteligência Artificial” é notoriamente difícil de definir e de delimitar. Desde logo, porque não se refere apenas a uma tecnologia específica, mas antes a um objectivo geral, que se poderá manifestar mediante diferentes técnicas, de automatizar, operacionalizar e substituir actividades que previamente apenas podiam ser realizadas por seres humanos.^[1]

Simplificando, a inteligência artificial, para efeitos do presente artigo, pode ser definida como um conjunto de métodos, teorias e técnicas científicas

1. European Lawyers Foundation, *Guide on the use of Artificial Intelligence-based tools by lawyers and law firms in the EU*, 2022, p.12

com o objectivo de reproduzir, através de uma máquina, as capacidades cognitivas de apreensão, de análise, de organização, de seriação ou de decisão dos seres humanos ^[2] – ou seja, está em causa uma tentativa de recriar em máquinas o comportamento inteligente que nos caracteriza.

Quando falamos na aplicação de I.A. num ramo como o direito, temos duas subcategorias que se destacam como sendo particularmente relevantes: *machine learning* e *natural language processing*. De forma muito resumida, *machine learning* (ou aprendizagem automática) ^[3] é o processo de capacitar computadores a realizar certas tarefas sem o benefício de uma programação baseada em regras explícitas ^[4]. Assim, em vez de rotinas de *software* de codificação manual com um conjunto específico de instruções para realizar uma tarefa específica, a máquina é “treinada” usando grandes quantidades de dados e algoritmos que lhe dão a capacidade de “aprender” como realizar determinada tarefa. ^[5] Particularmente importante para a sua aplicação neste ramo e para se habilitar a fazer determinadas previsões, os algoritmos podem ser criados para apreender e aprender a identificar padrões em determinados dados e, com estes, em constante evolução, a tê-los tratados, analisados e devidamente correlacionados para realizar operações complexas.

Natural language processing (doravante NLP), por seu turno, combina linguística, I.A., e *machine learning* para ensinar computadores a processar línguas humanas e a ultrapassar as ambiguidades que a caracterizam. ^[6] O processamento em linguagem natural permite que as máquinas se adaptem ao avaliar o texto. Ao contrário de uma pesquisa por palavra-chave, que é literal na sua abordagem, procurando apenas as palavras ou frases exactas que o utilizador especificou, a NLP permite ao utilizador identificar materiais relevantes para a sua pesquisa, mesmo que os materiais não contenham

2. Seguimos a definição adotada pela CEPEJ no Apêndice III da Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente.

3. Termo utilizado na versão portuguesa da Proposta do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho

4. Alarie, Benjamin; et al., *How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law*, 2017, p. 8

5. Copeland, Michael, *What's the Difference Between Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning?*, 2016, NVIDIA

6. Sangha, Gary, *Applying Natural Language Processing to Legal Documents Using AI*, Lexcheck

expressamente as expressões que introduziu, com base numa pesquisa focada no seu sentido geral^[7].

Estas tecnologias têm as mais variadas aplicações nos sistemas judiciais, mas a sua efectiva utilização continua a ser, maioritariamente, uma iniciativa comercial do sector privado, destinada a companhias de seguros, departamentos jurídicos, advogados e particulares^[8]. Embora também já se experimente a sua aplicação nos tribunais.

Analisemos agora algumas das principais aplicações de I.A. no direito:

3. Motores de Busca Avançada

A pesquisa de suporte legal é uma parte fulcral da actividade jurídica, tanto do lado da advocacia, como do lado dos decisores, sendo essencial que tanto as petições, como as alegações, como as decisões suportem os seus pontos e argumentos com recurso a jurisprudência, a doutrina, e, claro, às regras e princípios da legislação nacional e internacional, aplicáveis ao caso específico. Num passado não muito distante, toda essa pesquisa estava limitada em termos temporais e de eficiência pelo facto de ser realizada com recurso a suportes puramente físicos, como os livros e as revistas de jurisprudência.

Actualmente os moldes são outros, e a pesquisa jurisprudencial já será quase totalmente digital, baseada em extensas bases de dados digitais de legislação e jurisprudência. Esta alteração do físico para o digital já alterou hábitos e revolucionou a eficiência destas pesquisas, mas ainda assim, a pesquisa jurídica permanece uma actividade complexa, falível, demorada e trabalhosa. Tal decorre das limitações que os sistemas de pesquisas convencionais sofrem por se tratar de pesquisas baseadas em “palavra-chave”, onde o utilizador pesquisa determinadas palavras ou expressões, descritores, e em que a rede ou o sistema apresente resultados que contenham, algures no texto, aqueles termos exactos.

7. Alarie, Benjamin; et al., *How Artificial Intelligence...*, p.8

8. Apêndice I – Carta Europeia de Ética...

Obviamente tal pesquisa por descritores terá a deficiência de oferecer resultados incompletos ou longínquos do esclarecimento total do tema pretendido, mas que foram apresentados por conterem aquela palavra específica. Por outro lado, a mera pesquisa daquele termo poderá deixar de fora resultados preciosos, pelo que não bastará apenas o *input* de determinados descritores, mas antes uma pesquisa prolongada, abrangente e sistêmica de termos e expressões paralelas ou semelhantes entre si.

As tecnologias de NLP podem melhorar significativamente a eficiência e a qualidade desta pesquisa jurídica, por se focarem não em “palavras-chave”, em descritores, mas antes na semântica dessas palavras, e onde os computadores poderão apresentar resultados que, embora não contenham a palavra ou expressão pesquisada, vão mais longe que isso focando-se no seu conceito^[9] e numa interpretação já não literal, mas sistemática.

Esta pesquisa, no entanto, num futuro próximo, não ficará apenas pela apresentação de resultados. Alguns autores^[10] admitem que, para além de pesquisa, os algoritmos serão capazes de prever qual a força de determinado precedente ou doutrina, avaliando a forma e vezes como esta foi utilizada por jurisprudência subsequente. Logo aqui emerge a problemática da diminuição ou esbatimento do papel do ser humano ou, visto de outro modo, da libertação do ser humano para tarefas mais nobres ou complexas.

4. Revisão e Análise de Documentos e Contratos

Para além da pesquisa jurídica, a NLP tem alterado a forma como são abordados os contratos. Têm surgido uma série de empresas de *legaltech* especializadas na revisão e análise de contratos, cujo *software* permite verificar que, no conteúdo de tal contrato, se evitem cláusulas ambíguas, ou omissão de disposições, previsões e termos chave.

9. McGinnis, John O.; e Pearce, Russel G., The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services, *Fordham Law Review*, Vol. 82, N.º6, 2014, p.3048 e ss

10. McGinnis, John O.; e Pearce, Russel G., The Great Disruption..., p.3050

O *software* pode ir ainda mais longe, auxiliando também na interpretação de contratos já existentes, em resposta, ou em antecipação, de litígios.^[11] Exemplo de tais empresas, a *LawGeex*, baseada no processamento de NLP, fornece a profissionais um instrumento de revisão e gestão de contratos. A plataforma consegue, não só, ler os contratos, resumi-los e sugerir edições; como também identificar cláusulas incomuns ou problemáticas, e ainda cláusulas omissas que normalmente se incluem em contratos de tipo semelhante.^[12]

Tal tecnologia não se reduz aos contratos, tendo surgido, paralelamente, vários algoritmos capazes de analisar e criar documentos legais, e os quais estão a começar a englobar áreas do Direito cada vez mais variadas.^[13] Dentro de tal análise documental, vemos ainda surgirem algoritmos focados na investigação documental. Referimo-nos aqui ao denominado “*eDiscovery*”, popular nos EUA. Este é um instrumento de investigação destinado à identificação, apreensão e produção de prova digital ou electrónica, incluindo a análise, entre outros, de *emails*, documentos, bases de dados, mensagens de *voice-mail*, suportes áudio, ficheiros de vídeo, redes sociais e *websites*.^[14]

Se tradicionalmente a investigação é um processo complexo, demorado e trabalhoso, que implica que um elevado número de advogados, normalmente advogados-estagiários, leia manualmente páginas e páginas de documentos físicos em busca de informação potencialmente relevante para o litígio ou o caso, actualmente, tendo a maioria dos documentos jurídicos formato electrónico, o processo de investigação pode ser externalizado para empresas de *eDiscovery*, que farão o mesmo trabalho por uma mera fracção do tempo, das despesas e das necessidades dos advogados, sem, por isso, diminuir a extensão e a qualidade da investigação.^[15] Antes pelo contrário, este método é tanto mais rápido, como porventura mais preciso, do que a investigação manual de ficheiros.^[16]

11. Alarie, Benjamin; et al., *How Artificial Intelligence...*, p. 9-10

12. Semmler, Sean; e Rose, Zeeve, *Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow*, *Duke Law & Technology Review*, Vol.16, N.º1, 2017, p. 88

13. Como o LawDepot, que se publicita como “*A principal editora de documentos legais, formulários e contratos do tipo “faça você mesmo”*”, <https://www.lawdepot.com/about.php>

14. The Basics: What is e-Discovery? From the CDS Knowledge Base

15. Alarie, Benjamin; et al., *How Artificial Intelligence...*, p. 9

16. A. D. Reilling, *Courts and Artificial Intelligence*, *International Journal for Court Administration*, Vol.11, N.º 2, 2020, p. 3-4

5. Análise Preditiva Judicial

São também os avanços sentidos em *natural language processing* e *machine learning* que têm permitido a criação de modelos preditivos de decisões judiciais, que propõem estabelecer as probabilidades de sucesso ou de fracasso de determinado caso, com determinadas variáveis, perante um certo tribunal e ordenamento jurídico.

Os denominados sistemas de “justiça preditiva”^[17] são concebidos para serem utilizados pelos serviços jurídicos, pelas seguradoras (tanto para as suas necessidades internas como para os seus segurados), bem como pelos advogados para que estes possam antecipar (e se possível conformar ou alterar) o resultado do litígio.^[18]

Simplificando o seu funcionamento, a análise preditiva em geral refere-se à previsão de resultados através da análise de dados quantitativos.^[19] A análise judicial preditiva, portanto, envolverá a utilização de dados legais (como padrões de factos, precedentes e resultados de casos) para prever os resultados de decisões jurisprudenciais futuras.

A título de exemplo, temos o caso de um sistema desenvolvido para analisar o texto de decisões sobre violações de direitos humanos no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, capaz de prever o resultado das decisões com cerca de 79% de precisão^[20].

Virado para o auxílio da advocacia, temos também o *Lexis+*, utilizado nos EUA, que analisa decisões judiciais passadas e, com base nesses arestos, ajuda os advogados a avaliar a probabilidade de sucesso dos seus casos.^[21]

17. Na realidade, como mencionado na Carta Europeia de Ética..., este termo “justiça preditiva” é ambíguo e enganoso já que os instrumentos em causa apenas se baseiam em métodos de análise de jurisprudência, utilizando métodos estatísticos que não produzem, nem são capazes de o fazer, o raciocínio jurídico, apenas podendo tentar descrevê-lo.

18. Ponto 58 da Carta Europeia de Ética...

19. Choo, Kelly, et al., *Predictive Judicial Analytics: Implications for Rule of Law and the Legal Profession*, SALS Publications, 2020

20. Mais detalhadamente: Aletras, Nikolaos, et al; Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a natural language processing perspective, *PeerJ Computer Science*, Vol.2, N.º 2, 2016

21. Vitorino, António Macedo de, *Poderão robôs substituir advogados? Como a inteligência artificial transformará a advocacia e o Direito*, Observador, 2022

Tem sido também discutido o potencial destes sistemas no âmbito da actividade jurisdicional, ajudando os juízes no seu processo de decisão. Aqui a expressão essencial é “ajudar” – mantendo a ideia de controlo por parte do utilizador. Tais sistemas servem como instrumento da vontade do juiz, auxiliando-o, mas sem dominar a sua decisão.^[22]

Um exemplo de tal algoritmo preditivo de auxílio à actividade do juiz, actualmente utilizado em alguns estados dos EUA, é o *COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)*, criado para o auxílio na avaliação do risco de reincidência de determinado arguido ou condenado.

Embora um argumento comum à utilização de I.A. no direito seja a sua suposta objectividade, a verdade é que este sistema se tem percebido como um difusor de discriminação na justiça: ao utilizar dados anteriores, sobrestima sistematicamente a reincidência de sujeitos afro-americanos em comparação com o tratamento dos dados dos caucasianos americanos.^[23] Esta é uma questão que iremos aprofundar adiante.

Gostaríamos de antecipar aqui a análise de uma outra questão problemática que pode ocorrer neste âmbito, relacionado com a ideia de controlo. A lógica deste princípio^[24] é a de que a autonomia dos utilizadores deve ser aumentada e não restringida através da utilização de instrumentos de I.A. Ou seja, reforça-se esta ideia de que o algoritmo em si não é critério absoluto, dogma intransponível, não é uma prescrição para o utilizador, porque o sistema não deve decidir por si próprio, tal tarefa apenas caberá ao seu utilizador.

A questão fulcral que se coloca é como é que garantimos que é efectivamente o juiz a tomar a decisão autonomamente, e não que este está a ser “convencido” ou a ser “vencido” pelo algoritmo a decidir de determinada maneira.

22. Conclusões do Conselho Europeu, “Acesso à justiça – aproveitar as oportunidades da digitalização” (2020/C 342 I/01)

23. A. D. Reilling, *Courts and Artificial Intelligence...* p.5

24. Estabelecido na Carta Europeia de Ética...

No caso *State v. Loomis*, que se focou na legalidade de aplicar uma pena baseada tão-só no sistema COMPAS, o Supremo Tribunal de Wisconsin teve em conta, de certo modo, esta questão. Para além de limitar a utilização do sistema, reconhecendo que o mesmo não era totalmente adequado para a determinação das penas ^[25], estabeleceu também a obrigação do tribunal de justificar e fundamentar em que factores independentes – para além da avaliação de risco COMPAS – é que baseiam a concreta sentença imposta. ^[26]

6. Algumas Consequências da Aplicação de I.A. na Justiça

6.1. O novo papel do advogado

De modo geral, embora seja inquestionável que as [r]evoluções na I.A. vão trazer enormes alterações à prática jurídica e judiciária, queremos desde já afastar a ideia de que a sua utilização vai substituir totalmente o papel dos advogados. Não iremos observar o total desaparecimento desta profissão, mas antes uma mudança radical na forma como serão prestados os serviços jurídicos e como serão exercidas todas as profissões do foro.

As alterações que iremos observar, agora que advogados humanos estarão a concorrer com máquinas e com outros códigos de linguagem, não podem ser subestimadas. Afinal, algumas das áreas que apresentámos como os principais exemplos muito recentes de aplicação de I.A. – a pesquisa jurídica, a investigação e a análise de documentos, a elaboração de contratos – representam uma parte considerável do trabalho desenvolvido por aqueles que trabalham no foro. Mas não o fulcro do labor e do juízo profissional ou, sequer, da estratégia, da tática, da argumentação e da retórica jurídica ou forense.

Estão aqui em causa volumes extraordinários de trabalho que deixarão de ser executados primacialmente por humanos: estima-se que, ao longo da próxima década, cerca de 40% de todos os trabalhos desenvolvidos na

25. *State v. Loomis* 881 N.W.2d 749 (2016), Ponto 98

26. *State v. Loomis* 881 N.W.2d 749 (2016), Ponto 99

área legal sejam, nalguma medida, automatizados.^[27] Resultado lógico de tal automação será o desaparecimento ou a diminuição drástica de algumas das profissões baseadas nestes serviços, como é o caso dos denominados *paralegals*; e a redução da necessidade de magistrados e advogados.

A realidade é que, à luz da quantidade de trabalho que poderá ser realizado quase instantaneamente e de forma automatizada, as sociedades de advogados não precisarão de contratar o mesmo número de advogados ou de advogados-estagiários para realizar horas e horas de pesquisa ou de investigação jurídica, que passará agora a ser feita por algoritmos. A diminuição do número de contratados, para estas tarefas, parece ser uma consequência inescapável. Outras, porventura ainda não perceptíveis, surgirão, porém.

Tem sido apontado um argumento para combater esta ideia de que os avanços na I.A. irão resultar em desemprego: ainda que tais avanços tornem determinadas actividades profissionais tradicionais obsoletas, também levarão, paralelamente, ao surgimento de diversas novas actividades e novas profissões, mesmo dentro da área jurídica. A questão é que os que perderem o seu emprego devido à competitividade das máquinas não são, necessariamente, também aqueles que poderão exercer essas novas profissões ligadas à I.A, muitas vezes altamente técnicas ou específicas. Por exemplo, um antigo jurista não poderá, sem muita formação adicional, tornar-se num engenheiro de *software*...

Mas e para os advogados que ficarem? O que sobra para estes? Ponto favorável para a manutenção da profissão da advocacia centra-se no facto de que a I.A. baseada na *machine learning* e em *natural language processing* não consegue ainda competir com os seres humanos em todas as tarefas, especialmente as particularmente complexas.

Afinal, uma máquina não consegue ainda prestar declarações em tribunal. Mas já pode debitar prova documental, designadamente imagens recolhidas em espaço público ou documentação tributária ou administrativa, e ser auxiliar nos meios de obtenção de prova.

27. NELSON, SHARON D., e SIMEK, JOHN W., *Runnins with the Machines: Artificial Intelligence in the Practice of Law*, *The Computer & Internet Lawyer*, Vol.35, N.º 10, 2018, p.11

Tais sistemas acabarão por ser mais eficazes e eficientes em áreas legais mecanizadas e pouco criativas, onde exista já uma abundância de dados nos quais o sistema se possa basear para prever questões futuras e decidir, sobretudo em caso de bagatelas.

Em áreas onde a actuação hoje esteja desfasada com o passado, ou em área que, por ser tão especializada, está em constante alteração, ou ainda exige uma dose de subjectividade na apreciação, os sistemas de I.A. não superarão tão depressa a inteligência humana.^[28] Igualmente, a I.A. não é, ainda, capaz de oferecer aconselhamento jurídico com a mesma qualidade que os advogados. Efectivamente, existem determinadas plataformas capazes de responder a questões legais colocadas pelos seus utilizadores, e, em teoria, com recurso a um sistema preditivo, um utilizador poderia prever o resultado do seu litígio ou a resposta ao seu problema.

Mas o trabalho do advogado não se restringe a responder a questões legais que o seu cliente lhe coloque: a sua tarefa é aconselhar uma linha de acção, considerando as circunstâncias e interesses globais do cliente, e que vai muito para além da mera resposta a uma questão jurídica específica e imediata com dados pré formatados.^[29]

Do mesmo modo, não será pelo facto de determinado sistema de I.A. conseguir oferecer autonomamente informação ou uma previsão sobre certos factos que o papel do advogado fica ultrapassado. Afinal, a capacidade de identificar quer a relevância, quer a adequação ao caso concreto, de toda a informação oferecida pelo sistema, ainda requererá por muitos e longos anos um profissional com conhecimentos legais e experiência profissional.^[30] Para tal, será ainda necessária a *expertise* do advogado, que terá de avaliar a efectiva adequação da tecnologia à resolução do litígio em questão.

Cabe concluir este ponto com uma característica fundamental da advocacia que será quase impossível replicar em sistemas de I.A.: a sua natureza

28. McGinnis, John O.; e Pearce, Russel G., *The Great Disruption...* p. 3055

29. Alarie, Benjamin; et al., *How Artificial Intelligence...*, p. 12

30. Semmler, Sean; e Rose, Zeeve, *Artificial Intelligence...*, p. 90

intrinsecamente pessoal ^[31]. Entre advogado e cliente forma-se uma relação de confiança que permite ao primeiro a continuada e fiel prossecução dos interesses do segundo a longo prazo, mesmo quando as emoções dos clientes turvam esse interesse. ^[32]

De outra forma, é dizer que cada caso é um caso, e que cada cliente requererá uma resposta à sua medida e que lhe seja única, o que exigirá competências interpessoais, como o é a empatia, ^[33] que as máquinas, simplesmente, ainda não conseguem replicar.

6.2. Juiz-robô: o juiz do futuro?

Relacionado, em particular, com sistemas preditivos e a automação da justiça está a questão do juiz-robô. Já deixámos clara não ser a nossa opinião que esse seja o panorama da actividade jurisdicional no futuro próximo, sentimento transmitido também pelo Conselho da União Europeia, ao sublinhar que “*a utilização de ferramentas de inteligência artificial não pode interferir com o poder de decisão dos juízes nem com a independência do poder judicial. As decisões judiciais têm de ser sempre tomadas por pessoas e não podem ser delegadas numa ferramenta de inteligência artificial*”^[34].

Conceda-se, claro, que tal opinião de reserva não é partilhada por todos. Os maiores argumentos a favor das decisões futuras com recurso a juiz-robô seriam a objectividade, a imparcialidade e a racionalidade ou a falta de emoção das máquinas, que lhes permitiria decidir de forma mais rigorosa e justa, e numa mera fracção do tempo que levaria a um juiz humano. Veremos que não é assim tão simples. Desde logo, porque esta fria racionalidade e gélida imparcialidade pode não ser tão certa ou certa quanto isso, tendo em conta, por exemplo, questões de discriminação que já têm sido levantadas. E sobretudo de enviesamento, de não fidedignidade ou actualidade dos dados estatísticos.

31. Choo, Kelly, et al., Predictive Judicial Analytics...

32. McGinnis, John O.; e Pearce, Russel G., The Great Disruption... p. 3055.

33. Choo, Kelly, et al., Predictive Judicial Analytics...

34. Conclusões do Conselho (2020/C 342 I/01)

Por outro lado, relembramos que os sistemas de *machine learning*, por funcionarem com base na análise de dados passados, são mais eficientes e precisos na análise de casos que já tenham muitos precedentes semelhantes. Perante uma situação original, ou uma situação onde a dimensão da amostra de casos anteriores for diminuta, o sistema não estará adaptado para chegar a um resultado suficientemente preciso.^[35]

Portanto, apenas admitimos a possibilidade de automatização de decisões que se baseiem apenas em critérios objectivos, como o processo de injunção de pagamento^[36]. Fora destes casos, ou de natureza bagatelar ou ainda quase totalmente dependentes de dados muito objectivos, e que podem depois ser contestados, as decisões judiciais são influenciadas por demasiados factores, e têm uma complexidade que requererá capacidade de raciocínio e agilidade lógica que os sistemas de I.A., actualmente, simplesmente não possuem.

Tal como no caso de um advogado totalmente automatizado, a questão do juiz-robô parece simplificar em demasia o papel complexo do juiz. Papel que pode incorporar sujeição à legalidade, mas legalidade com conformidade aos princípios constitucionais; pedagogia, mas sem arbitrariedade, oportunidade ou activismo, isto é, consideração de razões de prevenção geral e especial, dilucidação das regras da experiência, leitura de personalidade, de interacções pessoais complexas, comentário social^[37], etc... Ou seja, actividades de cariz marcadamente humana e cuja essência não é, ainda, possível replicar.

Temos de concordar quando se afirma que: “*o pensamento jurídico deverá permanecer na esfera das atividades humanas porque dentro do núcleo de todas as normas jurídicas vivem valores e os valores não são «computáveis». Os valores não podem ser reduzidos às formulações matemáticas de algoritmos. A criação e a aplicação da lei devem, no final, ser feitas por seres humanos e para os seres humanos. O Direito é uma ciência e uma técnica, mas é também uma arte e, portanto, não pode ser reduzido a algoritmos. Este é*

35. Sourdin, Tania, Judge V Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making, *UNSW Law Journal*, Vol.41, N.º 4, 2018, p. 1125

36. Vadell, Lorenzo M., Inteligencia artificial: retos y riesgos ante la actividad jurisdiccional, *Revista do Ministério Público*, 170, 2022, p. 65

37. Sourdin, Tania, Judge V Robot?... p.1114

o limite da aplicação da inteligência artificial ao Direito e o limite para qualquer tecnologia alimentada por inteligência artificial.” [38]

6.3. Nova Cidadania ou o Alargamento do Acesso à Justiça

Se a implementação de sistemas de I.A. no Direito pode ter efeitos algo agrídoces para aqueles que exercerem uma actividade na área, não podemos deixar de louvar os efeitos positivos que a sua aplicação trará certamente ao exercício pleno da cidadania: de algum modo, todos os que exercerem profissões jurídicas beneficiarão largamente da sua utilização, desde os legisladores, que poderão produzir melhores leis; aos juízes e aos advogados, que verão a parte da sua profissão - mais rotineira, exaustiva e, permita-se-nos o anglicismo, *time consuming*, simplificada porque automatizada. Mas os principais beneficiados deverão ser sempre os cidadãos para quem os profissionais do foro servem.

Será até expectável que o número de processos em tribunal possa eventualmente diminuir: muitos conflitos serão extrajudicialmente resolvidos antes de chegarem sequer aos tribunais porque se a probabilidade de sucesso for baixa, essa parte ou eventual futuro sujeito processual procurará chegar a acordo, a um consenso ou desistirá de ir a tribunal. [39]

O universo que, sem dúvida, será mais beneficiado é o daqueles que necessitem de serviços jurídicos. A realidade é que o custo dos serviços jurídicos é elevado, impedindo, no caso de pessoas de baixos rendimentos, um melhor acompanhamento no patrocínio ou uma defesa mais adequada. Mas os advogados poderão agora, ou doravante, fazer o mesmo trabalho, em menos tempo, e mantendo (ou melhorando) a quantidade e a qualidade dos serviços. Se, por um lado, isso lhes permite trabalhar para mais clientes, despendendo menos tempo para cada caso; também resultará, se se verificar uma sã e adequada transparência e concorrência, numa diminuição do valor dos seus honorários, o que, conseqüentemente, colocará o direito e a lei à disposição de algumas, mais, pessoas que, de outra forma, não teriam fontes de ajuda jurídica

38. Vitorino, António Macedo de, Poderão robôs...

39. Vitorino, António Macedo de, Poderão robôs...

tão economicamente acessíveis.

Directamente ligada com a maior acessibilidade da justiça está, também, a sua maior previsibilidade, segurança, eficácia, eficiência e velocidade ou celeridade. Em Portugal, em particular, existe um grave problema com a demora excessiva nas decisões dos tribunais, sobretudo em determinadas áreas da justiça, onde um processo, por exemplo de natureza administrativa ou de cariz tributário, se poderá arrastar sem decisão por vários anos. A negação, ainda que temporária, do reconhecimento de determinado direito por um espaço temporal tão grande pode ter efeitos gravíssimos, deixando os constituintes, cidadãos ou empresas, prolongadamente numa situação de incerteza e de desproteção jurídica. A final, quantas vezes, justiça muito atrasada poderá ser, é, justiça negada.

Em suma, a utilização de I.A. por parte dos tribunais, mesmo que reduzida a sistemas de estruturação e de digestão de grandes quantidades de informação, tornaria a administração da justiça mais agilizada, eficaz e eficiente ^[40], e seria já um largo passo para atenuar estes efeitos. Mas a Justiça não é feita só de eficácia, eficiência e celeridade... Há também, e diria sobretudo, que promover a sua qualidade, a sua fidedignidade e a sua humanidade.

7. Riscos das Tecnologias e da I.A. para a Pessoa e para os Direitos Fundamentais

Já se escreveu também que *“é possível que, com a utilização mais intensa das novas tecnologias, as competências quantitativas e verbais [da inteligência humana] que são exaustivamente testadas nos testes de inteligência possam estar efectivamente a diminuir, à medida que uma fracção cada vez maior da população lê menos, raciocina menos e reflecte menos. É possível que as modernas tecnologias, ao colocarem todo o conhecimento do mundo ao nosso alcance estejam, paradoxalmente, a reduzir as nossas capacidades cognitivas”* (Arlindo Oliveira, Professor do IST e presidente do INESC).

40. A. D. Reilling, Courts and Artificial Intelligence... p. 7

É evidente para um jurista, juiz, magistrado do Ministério Público ou advogado que viveu no advento dos computadores que, então, na era pré digital, a função de estudo, análise e pesquisa em papel (livros, revistas, boletins, fichas de legislação e de jurisprudência) era porventura mais custosa, menos abrangente ou não tão universal, mas trazia muitos benefícios formativos e informativos e maior solidez de conhecimentos, tendo em conta a leitura prévia, proactiva, efectiva (por contraposição à postura de pesquisa, hoje, quase só reactiva à necessidade), e mais valias à ponderada reflexão, cuidada preparação dos casos, estabelecimento da estratégia de actuação nos processos e posterior condução tática do desempenho profissional, fosse na comunidade, fosse nas empresas, fosse no foro.

Por outro lado a aplicação de I.A. no Direito tem um potencial que pode ser definido como dúbio ou ambivalente: se, por um lado, tem a capacidade de revolucionar e de incrementar a qualidade, eficácia e acesso à Justiça; por outro, pode mesmo potenciar *“perpetuar, ou mesmo reforçar, a discriminação existente, e de permitir uma tomada de decisões enviesadas ou opacas, que podem resultar na violação de direitos fundamentais, como a dignidade humana, o direito à liberdade, à não discriminação, à privacidade e à proteção de dados, bem como o direito a um processo equitativo”*.^[41]

Estes riscos podem resultar de diferentes falhas, quer falhas gerais no *design* do sistema; ou da utilização ou da não actualização de dados sem corrigir possíveis enviesamentos.^[42] Aqui a referência a decisões erradas ou assentes em critérios opacos refere-se a características dos sistemas de I.A., nomeadamente à ocorrência do efeito *“black box”*.

Como já visto, estes algoritmos “aprendem” com base numa quantidade assinalável de dados que, uma vez internalizados, lhes permitem apreender a realidade, analisá-la, reconfigurá-la e tomar decisões de uma forma *quase intuitiva* – já não está aqui em causa o mero cumprimento de uma instrução, mas antes a possibilidade de chegar a uma solução autónoma, baseada em padrões de dados que os humanos, inclusive os seus criadores, podem nem

41. Conclusões do Conselho (2020/C 342 I/01)

42. Comissão Europeia, White Paper: On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust, 2020, p. 11

conseguir compreender ou acompanhar ou auditar.^[43]

Se for impossível compreender ou acompanhar ou auditar, total ou mesmo parcialmente, os *inputs*, o processo interno de aprendizagem e de decisão de um qualquer destes sistemas, muito menos possível será, com rigor, fiscalizá-lo a si e aos seus *outputs*.

O problema será mais grave em casos de decisões jurisdicionais, quando esteja, por exemplo, em causa uma decisão que afecte gravemente um particular. A impossibilidade de compreender, e, consequentemente, refutar, como um determinado sistema chegou a tal decisão afectará o seu direito a um acesso efectivo à justiça, incluindo o recurso.^[44] Afinal, não nos podemos minimamente defender se não soubermos exactamente com base em que argumentos ou com que critério de apreciação dos factos, de ponderação da prova, de interpretação da lei, de consideração da força da jurisprudência, da validade da doutrina ou, sequer, de variáveis circunstanciais e sua gradação para a determinação da sanção é que se é alvo de condenação. E muito dificilmente podemos reagir ou contraditar a tal decisão cibernética cujos fundamentos ou não são de todo conhecidos ou são atingidos com recurso a critérios total ou parcialmente ocultos, obscuros ou ininteligíveis.

Igualmente, colocam-se problemas sérios a resolver quanto à intimidade, à privacidade e à protecção de dados: não esquecer que a eficácia e eficiência dos sistemas de *machine learning* reside no seu acesso a uma quantidade exorbitante de dados, muitos dos quais serão dados pessoais protegidos pela privacidade.^[45] Mas talvez mais grave ainda, seja o seu potencial para perpetuar erros ou a discriminação na justiça. Em 2016, a organização sem fins lucrativos ProPublica realizou um estudo aprofundado sobre o sistema COMPAS no decurso do qual se compararam as taxas de reincidência previstas pelo algoritmo, com as taxas reais de reincidência dos arguidos nos dois anos após terem sido pontuados.

43. Bathae, Yavar, The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol.31, N.º2, 2018, p. 891

44. Comissão Europeia, White Paper... p.12

45. Vadell, Lorenzo M., Inteligencia artificial... p. 69

Os resultados obtidos nessa investigação demonstraram que “os arguidos negros tinham muito mais probabilidades do que os arguidos brancos de ser incorrectamente julgados como estando em maior risco de reincidência, enquanto os arguidos brancos tinham mais probabilidades do que os arguidos negros de ser incorrectamente marcados como de baixo risco”.^[46]

Portanto, contrariamente ao que seria de pensar – que os robôs são entidades perfeitamente objectivas e imparciais – daqui retiramos que estes sistemas podem mesmo injectar e até eternizar preconceitos inultrapassáveis nos processos judiciais.

A questão é complexa: já estabelecemos que sistemas de *machine learning* se baseiam em dados passados, onde aprendem a detectar padrões e, com esses, a fazer previsões. A questão é que essas próprias bases de dados, por serem resultado de uma sociedade que não é imparcial, já estarão enviesadas. E terão sempre que ser sindicadas e actualizadas.

Olhando para o caso específico do COMPAS, dir-se-á que a maioria dos sistemas de avaliação de risco baseiam-se em detenções e condenações prévias. Mas face à discriminação sistémica sentida nos EUA, onde, pelo mesmo crime, arguidos afro-americanos são mais susceptíveis de ser encarcerados (e com penas mais elevadas) do que os condenados brancos, estes dados em si já resultam de práticas discriminatórias.^[47]

Claro que os seres humanos padecem igualmente destes mesmos preconceitos, e a parcialidade é um risco existente em qualquer acto pessoal e cenário social. Mas ainda que tal seja verdade, o mesmo efeito discriminatório quando presente em sistemas de I.A. pode ter um efeito muito mais cego, intenso, irrespondível, especialmente quando associado ao “*black box effect*”, já mencionado, e ao facto de que algoritmos não seguem os mesmos mecanismos de controlo social que regem os comportamentos humanos.^[48]

46. Larson, Jeff, et al; *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, ProPublica, 2016

47. Stevenson, Megan T, *Assessing Risk Assessment in Action*, *Minnesota Law Review*, 2018, p. 328

48. Comissão Europeia, *White Paper...* p.11

Daqui retiramos a necessidade de regular cuidadosamente a utilização, em especial nos sistemas judiciais, de algoritmos e sistemas de I.A., sob pena de ficarmos num vazio legal prejudicial à protecção de direitos fundamentais. Um importante passo nesse sentido foi dado em 2018, quando a Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (CEPEJ) adoptou a Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente. Com o fim de assegurar que a utilização de I.A. nos sistemas judiciais seja compatível com os direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento europeu, a Carta fornece um conjunto de princípios a serem seguidos pelos legisladores, juristas e decisores políticos quando trabalharem e actuarem com ferramentas de tal natureza.

Resumidamente, por ordem, são esses: o princípio de respeito pelos direitos fundamentais; o princípio da igualdade ou de não-discriminação; o princípio de qualidade e segurança; o princípio da transparência, imparcialidade e equidade; e o princípio “sobre o controlo do utilizador”. Foi também neste sentido que, em Abril de 2021, a Comissão Europeia elaborou e publicou uma proposta de Regulamento ^[49] que estabelece regras harmonizadas em matéria de I.A., e na qual identificou o domínio da justiça como um dos domínios em que a utilização de certos instrumentos ou aplicações de I.A. deve ser considerada de alto risco, identificando, em especial, os sistemas destinados a assistir as autoridades judiciais na investigação e interpretação dos factos e da lei, e na aplicação da lei a um conjunto concreto de factos. ^[50]

Tal rotulagem como de risco elevado resultou, segundo a Comissão, destes poderem ter “*um impacto potencialmente significativo na democracia, no Estado de direito e nas liberdades individuais, bem como no direito à acção e a um tribunal imparcial. Em particular, para fazer face aos riscos de potenciais enviesamentos, erros e opacidade*”. ^[51]

Daqui resulta que, segundo aquela Proposta, a utilização de I.A. na

49. Proposta de Regulamento Inteligência Artificial 2021/0106(COD)

50. Eu-LISA e Eurojust, *Artificial Intelligence Supporting Cross-Border Cooperation in Criminal Justice*, 2022, p. 10

51. Proposta de Regulamento Inteligência Artificial 2021/0106(COD), Ponto 40

justiça deverá estar sujeita ao cumprimento de requisitos relativos à qualidade dos conjuntos de dados utilizados, à documentação técnica e à manutenção de registos, à transparência e à prestação de informações aos utilizadores, à supervisão humana, à solidez, à exactidão, à fidedignidade, à actualidade e à cibersegurança. ^[52]

Também algo no mesmo sentido, demonstrando uma preocupação em abordar esta questão, em Portugal, que é a Lei 27/2021, de 17 de Maio – a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital – que veio a estabelecer no seu art. 9.º/1 que a utilização de I.A. deve “*ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação.*”

8. Conclusão

Há que ter em conta os desafios e os impactos da transformação digital na Justiça e nos cidadãos, nos juristas, profissionais do foro ou não, e ainda a crescente capacidade e alcance das soluções tecnológicas, como o é também o uso da Inteligência Artificial, também para... uma Justiça mais Humana.

Estamos muito longe ainda da compreensão de todos os efeitos positivos e negativos da Inteligência Artificial e de alcançar uma sua regulamentação adequada e suficiente, que cumpra os requisitos de regulação, de operatividade, de legitimidade e de substância, normativos, políticos, sociais, económicos, culturais, éticos e de direitos fundamentais, mas todos estes desenvolvimentos, abordagens e incidentes ou acidentes recentes são, entretanto, passos pequenos, mas já seguros, todos em sentido evolutivo e construtivo.

No início questionámos se iríamos substituir uma Inteligência Humana por uma Inteligência Artificial. Obliterando, talvez, de forma muito significativa,

52. Proposta de Regulamento Inteligência Artificial 2021/0106(COD), Ponto 43

o elemento humano. Respondemos que não. E pensamos ter fundamentado a negativa. Não obstante, o aumento da automação do Direito será uma força de mudança que alterará todo o paradigma actual do papel e do desempenho dos juristas ou dos agentes judiciais e do funcionamento da Justiça e, concretamente, do modo da prestação dos serviços jurídicos, bem como do exercício da Judicatura, da Magistratura, da Advocacia, das Polícias; tal não pode ser negado, mas terá sempre a pessoa humana como fito e no seu fulcro.

É que a Inteligência Artificial não é um fim em si mesmo^[53], ela é mais um instrumento criado para beneficiar a sociedade, auxiliar o indivíduo e melhorar o nosso mundo; não pode ser, portanto, uma ferramenta desligada da complexidade da pessoa e da diversidade jurídica, económica, social, psicológica, antropológica e cultural e, claro, da especial dignidade dos seres humanos, de cada uma das pessoas concretas visadas, a que deve auxiliar e estar ao serviço, não simplesmente substituir.

Isto é, não se pode reduzir a importância da pessoa humana face ao desenvolvimento da Inteligência Artificial. E muito menos subalternizar aquela ou ter uma pura lógica de substituição, mas de complementaridade. Como vimos, a total automatização dos serviços jurídicos não só é, actualmente, totalmente desfasada da realidade a curto ou a médio prazo como é, também, por ora, incompatível ou mesmo contrária à realidade complexa, multifacetada, subjectiva, criativa e, diga-se, também humana e emotiva do Direito.

Em suma, a Inteligência Artificial deve ser utilizada nos moldes em que, por ora, mais brilha: no concreto e útil auxílio da actividade humana, da concreta actividade do jurista ou do múnus do profissional do foro; como forma de permitir atingir uma justiça mais rigorosa, porque mais participada; completa ou pronta, porque eficaz, eficiente ou rápida; e mais universal, porque acessível; e, sobretudo, mais justa... e humana.

Dito de outro modo, não substituindo, mas antes assegurando, sempre, crescentemente, ainda que com inteligência artificial a coadjuvar, uma justiça

53. Vadell, Lorenzo M., *Inteligencia artificial...* p. 81

mais humana... *de pessoas, com pessoas, para pessoas*, não será certamente demais sublinhar o *advento de uma nova era digital* na já longa história da humanidade.

9. Bibliografia sumária:

Alarie, Benjamin; et al., How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law, 2017, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3066816>

Aletras, Nikolaos, et al; Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a natural language processing perspective, *PeerJ Computer Science*, Vol.2, n.º 2, 2016, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309399037_Predicting_judicial_decisions_of_the_European_Court_of_Human_Rights_a_Natural_Language_Processing_perspective

Bathae, Yavar, The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol.31, N.º2, 2018, disponível em <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathae.pdf>

Choo, Kelly, et al., Predictive Judicial Analytics: Implications for Rule of Law and the Legal Profession, *SULS Publications*, 2020, disponível em: <https://www.suls.org.au/citations-blog/2020/9/25/predictive-judicial-analytics-implications-for-rule-of-law-and-the-legal-profession>

Comissão Europeia, White Paper: On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust, 2020

Copeland, Michael, What's the Difference Between Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning?, 2016, NVIDIA, disponível em: <https://blogs.nvidia.com/blog/2016/07/29/whats-difference-artificial-intelligence-machine-learning-deep-learning-ai/>

D. Reilling, Courts and Artificial Intelligence, *International Journal for Court Administration*, Vol.11, n.º 2, 2020

Eu-LISA e Eurojust, Artificial Intelligence Supporting Cross-Border Cooperation in Criminal Justice, 2022

European Lawyers Foundation, Guide on the use of Artificial Intelligence-based tools by lawyers and law firms in the EU, 2022

Larson, Jeff, et al; How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm, *ProPublica*, 2016, disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>

McGinnis, John O.; e Pearce, Russel G., The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services, *Fordham Law Review*, Vol. 82, N.º6, 2014

Nelson, Sharon D., e Simek, John W., Running with the Machines: Artificial Intelligence in the Practice of Law, *The Computer & Internet Lawyer*, Vol.35, N.º 10, 2018

Sangha, Gary, Applying Natural Language Processing to Legal Documents Using AI, Lexcheck, disponível em: <https://www.lexcheck.com/resources/applying-natural-language-processing-to-legal-documents-using-ai-lc>

Semmler, Sean; e Rose, Zeeve, Artificial Intelligence: Application Today and Implications Tomorrow, *Duke Law & Technology Review*, Vol.16, N.º1, 2017

Sourdin, Tania, Judge V Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making, *UNSW Law Journal*, Vol.41, N.º 4, 2018, disponível em: <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/Sourdin.pdf>

Stevenson Megan T., Assessing Risk Assessment in Action, *Minnesota Law Review*, 2018, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3016088>

Vadell, Lorenzo M., Inteligencia artificial: retos y riesgos ante la actividad jurisdiccional, *Revista do Ministério Público*, 170, 2022

Vitorino, António Macedo de, Poderão robôs substituir advogados? Como a inteligência artificial transformará a Advocacia e o Direito, *Observador*, 2022, disponível em: <https://observador.pt/opinio/poderao-rob-os-substituir-advogados-com-o-a-inteligencia-artificial-transformara-a-advocacia-e-o-direito/>

The Basics: What is e-Discovery? From the CDS Knowledge Base, disponível em: <https://cdslegal.com/knowledge/the-basics-what-is-e-discovery/>

O Impacto do Marco Civil da Internet no Judiciário: Análise Quantitativa dos Efeitos do Artigo 19 da Lei 12.965/2014 no Judiciário Brasileiro

*THE IMPACT OF THE INTERNET CIVIL FRAMEWORK ON THE JUDICIARY:
QUANTITATIVE ANALYSIS OF THE EFFECTS OF ARTICLE 19 OF LAW
12.965/2014 IN THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM*

Bruno Daleffi

Estatístico pelo Instituto de Matemática e
Estatística da Universidade de São Paulo
(IME-USP), mestrando em engenharia
mecânica (aplicado à Inteligência Artificial) pela
Escola Politécnica da Universidade de São Paulo
(POLI-USP), sócio da Terranova Consultoria.

Marcelo Guedes Nunes

Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo - PUC-SP e professor de Direito Empresarial
na mesma instituição. É presidente da Comissão
de Jurimetria da OAB-SP e diretor-presidente da
Associação Brasileira de Jurimetria - ABJ.

Sumário

1. Introito.
2. O problema do avanço rápido da internet.
3. MCI como política de pacificação e resolução.
4. Volume dos processos.
5. Carga do Judiciário.
6. Perfil das ações.
7. Conclusões.
8. Referências.



Resumo

O presente estudo tem por objetivo trazer insumos quantitativos acerca dos impactos da Lei nº 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet, ao Poder Judiciário, em especial referente ao seu Art. 19. Este dispositivo estabelece que provedores de aplicações de internet podem ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências para tornar indisponível tal conteúdo. Para avaliar o impacto, a pesquisa analisou mais de 8 mil ações ajuizadas entre 2009 a 2019 dos principais provedores de aplicação de internet que atuam no país. A pesquisa concluiu que o MCI modificou o perfil das ações e desacelerou a entrada de novas demandas, uma vez que diminuiu a entrada de ações indenizatórias frívolas. Além disso, o estudo também identificou uma redução no tempo de duração dos processos e uma queda na taxa de recorribilidade, contribuindo para a redução da carga do Poder Judiciário, sem implicar na ausência de tutela jurídica ou prejudicar os deveres e direitos dos usuários. Seguindo tendências modernas na administração da justiça, a vigência do MCI veio acompanhada de uma expansão na quantidade de remoções extrajudiciais realizadas pelos provedores de aplicação.

Palavras-chave: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14, Jurimetria, Análise de Resultado Regulatório, Estatística Aplicada ao Direito.

Abstract

The present study aims to bring quantitative inputs about the impacts of Law nº 12.965/14, better known as Marco Civil da Internet, to the Judiciary. Mainly referring to its Art. 19, which establishes that internet application providers can be held civilly liable for damages resulting from content generated by third parties if, after a specific court order, they do not take steps to make such content unavailable. To this end, the research analyzed more than 8,000 lawsuits filed between 2009 and 2019 from the main internet application providers operating in Brazil and concluded that the MCI was able to modify the profile of the actions and slow down the entry of new demands, since which reduced the inflow of frivolous damages claims. In addition, the study was also able to identify a reduction in the duration of proceedings and a drop in the appeal rate, contributing to the reduction of the burden of the Judiciary, without implying the absence of legal protection or impairing the duties and rights of users. Following modern trends in the administration of justice, the effectiveness of the Marco Civil was accompanied by an expansion in the number of extrajudicial removals carried out by enforcement providers.

Keywords: Internet Civil Framework, Law nº 12.965/14, Jurimetry, Regulatory Result Analysis, Statistics Applied to Law.

1. Introdução

A tecnologia vem ganhando um papel cada vez mais importante na sociedade. Tão importante que se tornou essencial para a estruturação da vida econômica da sociedade, dando origem a novas formas de relações sociais e econômicas entre empresas e pessoas naturais. Grande parte do aumento na aceleração das inovações se deu pela criação da Rede Mundial de Computadores (World Wide Web, ou “www”), popularmente conhecida como “internet”, que facilitou a interação entre pessoas através da (1) maior acessibilidade, (2) redução dos custos para a troca de informações e (3) afastamento de intermediários. Como resultado desse aumento da interação entre as pessoas, a internet e as redes sociais passaram a documentar digitalmente as características dessas interações, facilitando o processamento e as análises de informações de forma rápida e favorecendo a realização de pesquisas científicas e projetos de inovação.

Em novembro de 2021, a ONU publicou um relatório desenvolvido pela UIT (União Internacional De Telecomunicações) afirmando que 66% da população mundial, ou 4,66 bilhões de pessoas, possuem acesso à internet (ITU, 2021). No Brasil este percentual é ainda maior. De acordo com uma pesquisa promovida pela CGI (Comitê Gestor da Internet), 81% da população com mais de 10 anos (152 milhões de brasileiros) possui acesso à internet (CGI, 2021).

2. O problema do avanço rápido da internet

Por um lado, a internet trouxe pra população incontáveis benefícios, dentre eles a possibilidade de interação em tempo real. Essa interação permitiu que sistemas inteligentes de diversos setores do mercado

alcançassem patamares muito elevados de qualidade para a experiência dos usuários. São exemplos o atual sistema financeiro e o PIX, que conecta toda a rede bancária e realiza transações em tempo real, as redes sociais em geral, que aproximam pessoas e documentam preferências e relações muitas vezes íntimas e, até então, não documentadas.

Essa nova fronteira digital criou uma nova e ampla convivência entre as pessoas, bem como alterou a dinâmica de diversas relações sociais existentes e também criou outras modalidades de relação até então inexistentes. Tal ambiente, por outro lado, não apresentava uma regulamentação clara, criando uma zona cinzenta (também conhecida como hiporregulação), na qual os direitos e deveres dos usuários, provedores e demais atores não estavam definidos na legislação ou na jurisprudência.

Dentre as relações não previstas na legislação estava a responsabilidade de provedores de serviços de internet nas redes sociais. Com o aumento exponencial das interações entre pessoas nas redes, cresceu também a quantidade de conteúdos considerados ofensivos ou lesivos. As interações humanas voluntárias são na sua maioria benéficas para os atores, no entanto há uma parcela de interações que acabam por gerar desconforto ou que, pelo seu conteúdo, podem ser consideradas ofensivas, ao ponto de gerarem disputas sobre potencial direito à reparação. Tal circunstância soma-se ao fato das redes sociais serem caixas de ressonância através das quais as relações sociais são expostas publicamente, ultrapassando os limites dos atores através do monitoramento de toda a comunidade de seguidores.

Os níveis e padrões de responsabilidade do provedor de serviços de internet não estavam previstos na legislação pela simples constatação de que tais relações não existiam até então. Diante da dúvida da sociedade sobre a provável resolução jurídica desses conflitos, os atores dessas relações, convertidos em jurisdicionados, começaram a buscar o Poder Judiciário para obter uma definição. A mesma dúvida que se manifestou na sociedade foi refletida no Poder Judiciário através de correntes jurisprudenciais.

As disputas para remoção de conteúdo aparecem quando um conteúdo impróprio é disponibilizado por um terceiro nas redes sociais. O tipo de conteúdo determina se a informação será removida extrajudicialmente pelo provedor por afrontar as políticas do site. Nudez e sexo explícito, discurso de ódio, ameaças de morte, manifestações explícitas de racismo são exemplos de conteúdo vedado pelas políticas de uso dos provedores de aplicações.

As disputas direcionadas aos tribunais são as que exigem a verificação da ilicitude alegada pela parte reclamante através de um juízo especializado do Poder Judiciário. Essa dúvida surge e permanece a despeito da avaliação das partes e dos seus respectivos advogados, que, após avaliação do conteúdo, ponderam de ambos os lados chances razoáveis de vitória, considerando a existência de uma jurisprudência oscilante, em especial em relação à possibilidade de responsabilizar ou não o provedor.

Antes do Marco Civil inexistia uma referência jurídica segura a respeito das circunstâncias em que os diferentes regimes de responsabilidade civil (subjetivo, e objetivo) deveriam ser aplicados. Por tal razão, a jurisprudência era fragmentada e correntes divergentes conviviam nos tribunais.

Alguns julgados responsabilizavam o provedor pelo conteúdo, mesmo sem notificação ou ordem judicial. Por exemplo, o recurso de apelação de número 9281840-17.2008.8.26.0000, em que foi determinada a responsabilidade objetiva da Google por conteúdos ofensivos gerados por terceiros em uma de suas plataformas.

Outra corrente reconhecia a responsabilidade do provedor, mas apenas quando, notificado pela vítima, não procedia à remoção. Como exemplo, o recurso de apelação do processo de número 9129310-91.2009.8.26.0000 do Tribunal de Justiça de São Paulo referente ao serviço Orkut. Nele, apesar de a responsabilização ser subjetiva, a não exclusão extrajudicial do conteúdo caracterizou a culpa ou dolo para a responsabilização do provedor pelos danos causados ao requerente.

Por fim, havia precedentes em que os provedores eram tidos como responsáveis nos casos de descumprimento de ordem judicial. No recurso

de apelação do processo de número 0160018-40.2010.8.26.0100, o julgador argumenta pelo entendimento, que hoje foi sedimentado no Marco Civil.

A oscilação decorrente do choque entre diferentes correntes criou insegurança jurídica. O cenário de insegurança também gerou incentivo econômico para a propositura de ações de indenização diretamente contra os provedores de aplicações de internet, tendo em vista uma significativa probabilidade de êxito.

A Figura abaixo mostra o crescimento das ações de reparação civil propostas contra provedores de aplicações de internet com fundamento em conteúdos disponibilizados por terceiros em suas plataformas entre 2009 até dezembro de 2013. Os dados são dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul e Bahia (e-SAJ) e trazem ações propostas contra as principais empresas que hospedam conteúdo gerado por terceiros (Google/Orkut/Blogger/YouTube, Facebook/Instagram, Twitter, LinkedIn, dentre outros).

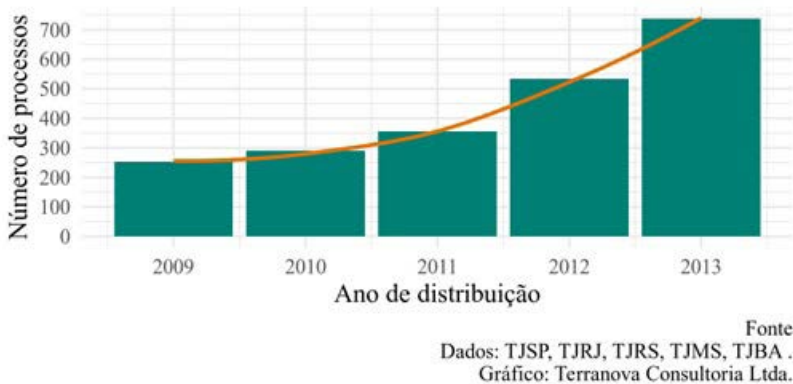


Figura 1: Crescimento do volume das ações

3. MCI como política de pacificação e resolução

A reação à insegurança jurídica e à oscilação jurisprudencial veio na forma de uma nova legislação. Com o propósito de estabelecer tais princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, foi aprovado em 23 de abril de 2014 o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014, ou “MCI”).

Dentre outros assuntos, o MCI trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerados por terceiros. O seu art. 19 estabelece que os provedores de aplicações de internet podem ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências para tornar indisponível o conteúdo. Em todas as demais hipóteses o provedor não é responsável.

Este artigo tentou pacificar a questão e reduzir a quantidade de demandas (ou ao menos reduzir a aceleração no seu crescimento) ao delimitar uma zona restrita de responsabilização para o provedor. Com isso, o MCI pode ter impactado o Judiciário em três dimensões; a primeira é o volume de casos novos, a segunda é a duração dos processos e a terceira é o perfil das ações.

AValiação DE RESULTADO REGULATÓRIO, ANÁLISE QUANTITATIVA E OBJETIVOS DA PESQUISA

Para testar os efeitos do MCI no judiciário, elaboramos uma pesquisa que analisou mais de 8 mil ações de remoção de conteúdo da internet, distribuídas entre 2009 e 2019, dos principais provedores de aplicação de internet que atuam no Brasil. O objetivo central do estudo esteve concentrado em testar as seguintes hipóteses norteadoras:

1. O advento do MCI evitou o crescimento das demandas judiciais relacionadas à remoção de conteúdo.

2. O art. 19 do MCI, ao trazer regras claras quanto à necessidade de especificação do conteúdo a ser removido, leva a uma redução na carga do Poder Judiciário, uma vez que não induz o crescimento de demandas judiciais, não influencia no tempo de duração dos processos e reduz a recorribilidade.
3. O art. 19 do MCI modificou o perfil das ações, reduzindo a proporção de casos com pedidos de indenização contra provedores de internet, sem prejuízo da possibilidade de responsabilização do autor do conteúdo.

O estudo é uma avaliação de resultado regulatório, ou seja, uma pesquisa que tem por objetivo avaliar os efeitos de uma regulação já implementada, bem como conferir se seus resultados estão de acordo com os propósitos que justificaram a implantação da nova regulação.

PRINCIPAIS RESULTADOS

O estudo foi capaz de verificar todas as hipóteses iniciais, comprovando a eficácia do MCI da Internet. Nesta seção, iremos detalhar os principais resultados e conclusões da pesquisa

4. Volume dos processos

Com relação à primeira hipótese, foi possível observar uma desaceleração no volume de novas ações após a entrada do MCI, conforme pode ser visto na Figura 2 abaixo.



Figura 2: Distribuição do volume de processos por ano de início.

Além disso, também foi comparado o volume de novas ações no Brasil com relação a outros países que não tiveram um marco regulatório e, novamente, nota-se que após o advento do MCI, a taxa de aceleração da entrada de novos processos caiu no Brasil, enquanto que permaneceu em crescimento nos demais países.



Figura 3: Volume de remoções por decisão judicial do Brasil em comparação com o total dos outros países. Cada série foi dividida pelo máximo observado no período.

Embora as figuras acima retratem fortes evidências de que o MCI contribuiu para o descongestionamento do Judiciário, ainda é necessário aprofundar a análise e verificar se foi o MCI, de fato, o responsável, ou se tal fenômeno se deu por algum fator externo. Em virtude disso, nós elaboramos um modelo estatístico contrafactual definido em Brodersen et. al (2015) para testar se tal efeito se deve ao MCI. A modelagem considera a série trimestral de ações identificadas pelos métodos de raspagem de dados, além de séries históricas de indicadores sócio-econômicos do Brasil obtidas de diversas fontes distintas.

A Figura 4 mostra os resultados principais da análise. No gráfico de cima, a linha contínua indica o volume observado de ações, ou seja, os dados reais. Já a linha pontilhada mostra a quantidade estimada de ações caso o MCI não tivesse ocorrido. A linha vertical marca a data de instauração do MCI. As bandas em verde escuro e verde claro indicam a credibilidade da estimativa da linha pontilhada. O gráfico de baixo mostra a diferença acumulada entre as duas séries, de forma que o total da linha pontilhada no final do período de análise representa o total de ações que deixaram de existir por conta do MCI, segundo o modelo.

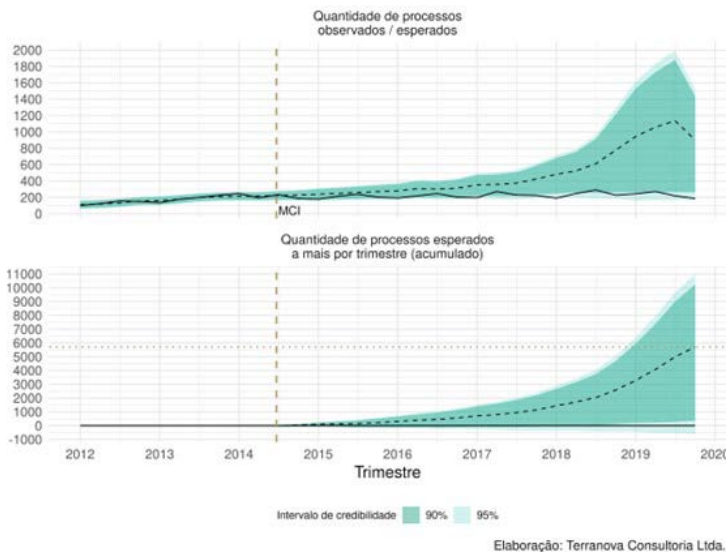


Figura 4: Impacto do MCI no volume de ações judiciais, de acordo com os dados identificados.

Ao analisar a figura, dois pontos merecem atenção. O primeiro é que o efeito do MCI parece ser de desaceleração das demandas de remoção de conteúdo, em linha com o que foi observado nas análises anteriores. O segundo é que apesar de apresentar alta variabilidade, é possível afirmar que o efeito é significativo com probabilidade de 96,2%. Segundo o modelo e as variáveis consideradas, o número de processos esperados se o MCI não existisse seria de aproximadamente o dobro do que o que observado.

A queda no volume de novas ações, entretanto, não implica na ausência de tutela jurídica. O estudo também analisou os dados do Portal de Transparência da Google^[1] e observou que o arrefecimento das ordens depois de 2014 no Brasil pode ter relação com o aumento de remoções extrajudiciais. Infelizmente, os dados de remoções extrajudiciais, por política, só existem depois de 2017; por isso, a única forma de avaliar se as remoções extrajudiciais aumentaram após o MCI é a partir do cálculo da taxa de crescimento ano a ano das remoções, extrapolando essas taxas para o período anterior a 2017.

No caso da Google, por exemplo, observou-se as quantidades de remoção por trimestre pela política interna da companhia. Pela Tabela 1, é possível verificar que a quantidade de remoções extrajudiciais vem aumentando ano a ano, com taxa média de aumento de aproximadamente 10%. Apesar da limitação dos dados, é possível admitir que as remoções por política interna vêm aumentando ano a ano, logo seria temerário afirmar que a escalada de casos judiciais é um problema de acesso à justiça.

Tabela 1: Remoções extrajudiciais por política interna do YouTube.

Ano	Remoções / trimestre (milhões)	Aumento (%)
2017	6,18	-
2018	6,30	2,0%
2019	6,93	9,9%
2020	8,28	19,5%

Fonte: Relatório de transparência da Google.

1. https://transparencyreport.google.com/copyright/overview?hl=pt_BR

5. Carga do Judiciário

O impacto do MCI não esteve presente apenas no volume de ações. O estudo apresentou fortes evidências de que o tempo de duração dos processos também foi atingido.

A Figura 5 mostra a distribuição acumulada do tempo de duração dos processos (Colosimo e Giolo). O eixo vertical denota a proporção de ações encerradas após um determinado tempo, definido pelo eixo horizontal. Por exemplo, antes do MCI, 50% das ações se encerravam após 5 anos desde sua distribuição; depois do MCI esse tempo passou para 2 anos (queda de 60%).

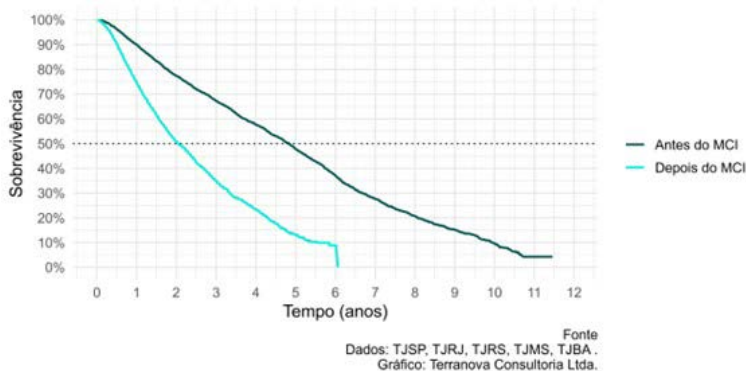


Figura 5: Curvas de Kaplan-Meier comparando o tempo de duração dos processos antes e depois do MCI

Analogamente à análise anterior, a Figura 5 por si só não prova que o MCI foi o único responsável pela queda no tempo de duração das ações. Na verdade, estudos anteriores mostraram que há um efeito natural de aceleração no tempo de duração dos processos, principalmente por conta dos avanços tecnológicos no Judiciário. Em outras palavras, o Judiciário vem se tornando mais eficiente.

De todo modo, ao comparar a taxa anual de aceleração do Judiciário antes e depois do MCI, foi possível observar que, após o advento do Marco essas taxas passaram a ser maiores (processos mais rápidos do que o esperado, mesmo considerando o efeito natural de aceleração do

Judiciário), ou seja, o MCI também foi responsável pela queda significativa no tempo de duração das ações.

Além do tempo de duração das ações, o estudo foi capaz de detectar, com 95% de confiança (Morettin & Bussab, 2017), queda na taxa de recorribilidade das ações após o advento do MCI. Mais especificamente, antes do MCI a taxa de recorribilidade aumentava, em média, 2.3 pontos percentuais ao ano. Após o advento do MCI, essa taxa recuou, em média, 2.6 pontos percentuais ao ano.

6. Perfil das ações

Por fim, o estudo avaliou o perfil das ações e concluiu que a proporção de pedidos de indenização caiu cerca de 16% após o advento do MCI. Os dados também evidenciaram a eficácia do art. 19 do MCI, mostrando que a proporção de pedidos de indenização contra os provedores caiu consideravelmente, ao passo em que subiu quando há pessoa física como corréu (o responsável pelo conteúdo ilícito).

Dessa forma, pode-se entender que o fato do art. 19 do MCI ter evitado o aumento da judicialização e reduzido a carga do judiciário não significa que o dispositivo esteja evitando as demandas que precisam mesmo existir, mas sim permitindo que essas demandas se concentrem nas discussões que fazem parte do contexto.

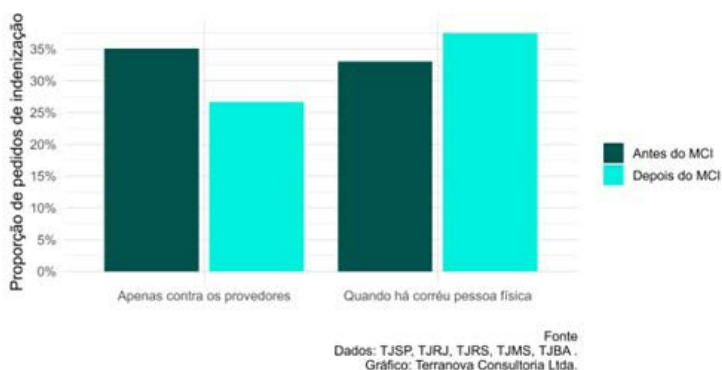


Figura 6: Proporção de pedidos de indenização antes e depois do MCI, separado por tipo de réu.

7. Conclusões

As análises identificaram evidências de que o artigo 19 do MCI impactou positivamente em todos os prismas levantados.

De modo geral foi possível concluir que o MCI, mais especificamente seu artigo 19:

- Foi responsável pela desaceleração no volume de novos processos, auxiliando no descongestionamento do Judiciário, sem implicar na ausência de tutela jurídica.
- Reduziu a carga do Judiciário, ao passo em que contribuiu para a redução no tempo de tramitação das ações e diminuiu a taxa de recorribilidade das ações, uma vez que dispõe de regras claras quanto à necessidade de especificação do conteúdo a ser removido.
- Modificou o perfil das ações, diminuindo a proporção de pedidos de indenização contra os provedores, transferindo a responsabilidade para o responsável do conteúdo ilícito e diminuindo a distribuição de ações indenizatórias frívolas.

8. Referências

ITU, Measuring digital development - Facts and figures, 2021. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/Facts_Figures_2021.pdf>. Último acesso em: 05/05/2022.

CGI, Cresce o uso de Internet durante a pandemia e número de usuários no Brasil chega a 152 milhões, é o que aponta pesquisa do Cetic.br, 2021. Disponível em: <<https://www.cgi.br/noticia/releases/cresce-o-uso-de-internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/>>. Último acesso em: 05/05/2022.

BRODERSEN, Kay H, GALLUSER, Fabian, KOEHLER, Jim, REMY, Nicolas, SCOTT, Steven L. Inferring causal impact using Bayesian structural time-series models. 2015, Disponível em: <<https://projecteuclid.org/euclid.aos/1430226092>>, Acesso em: 05/05/2022.

Colosimo, E. A., & Giolo, S. R. Análise de sobrevivência aplicada. Editora Blucher. 2006.

Morettin, P. A., & Bussab, W. O. Estatística básica. Saraiva Educação SA. 2017.

A Função Social da Empresa como Instrumento do Direito ao Desenvolvimento

*THE SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY AS A
INSTRUMENT OF THE RIGHT TO DEVELOPMENT*

Mário Luiz Delgado

Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre
em Direito Civil Comparado pela PUC-SP.
Advogado.

Sumário

1. A empresa como ferramenta do direito ao desenvolvimento.
2. A função social da empresa.
3. A função social da empresa e suas repercussões práticas.
4. Notas conclusivas.
5. Bibliografia.



Resumo

O objetivo deste artigo é refletir sobre o papel da empresa para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, sob a perspectiva do cumprimento de sua função social, o que significa dizer que a empresa só contribuirá para o desenvolvimento quando exerce uma função social, compreendida como a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sempre observando a pessoa humana e sua dignidade como valor fundante do ordenamento.

Palavras-chave: Empresa; Função; Social; Desenvolvimento; Dignidade; Pessoa humana.

Abstract

The purpose of this paper is to discuss the role of the company for the economic development and growth of the country, from the perspective of its social function, which means that the company will only contribute to development when it exercises a social function, understood as the prevalence of collective values over individual ones, always observing the human person and his dignity as a founding value of the legal system.

Keywords: Copyright; Company; Social function; Development; Dignity; Human person.

1. A empresa como ferramenta do direito ao desenvolvimento

O conceito de “empresa” é visto sob diversos prismas. A palavra é polissêmica, sendo referida no ordenamento em diversos sentidos. A própria Lei n. 8.934/1994, que trata do registro empresarial, utiliza a palavra como sinônimo de sociedade. A maioria dos autores considera a “empresa” um fenômeno poliédrico, por apresentar-se sob os mais variados perfis: ora é usada como sinônimo de empresário ou de sociedade empresária (perfil subjetivo), ora é usada com o sentido de estabelecimento comercial (perfil objetivo ou patrimonial), ora é usada no seu sentido técnico de atividade econômica organizada para produção e circulação de bens ou de serviços (perfil funcional) ^[1].

Esse é o sentido que lhe atribuiu o Código Civil Brasileiro – empresa como sinônimo de atividade. O legislador, ao empregar a palavra “empresa” no seu perfil funcional, abandonando os perfis subjetivo e objetivo, passou a distinguir os conceitos de “empresa”, “empresário”, “sociedade empresária” e “estabelecimento”. “Empresa” é a organização econômica dos fatores de produção (mecanismo de cooperação), ou seja, é atividade organizada para produção e circulação de bens ou de serviços nos mercados, e que pode ser desenvolvida por uma pessoa natural (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária), enquanto o “estabelecimento” é o complexo de bens organizados para o exercício da empresa. É por meio do “estabelecimento” que o empresário ou a sociedade empresária exercem a empresa (art. 1.142, CC).

No Brasil, a empresa ganha especial destaque como “personagem chave”

1. Sobre o tema, v. COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXV, n. 104, out.- dez., 1996, p. 113 e ss.

do direito ao desenvolvimento a partir da edição da Lei n. 13.874/2019 que, ao instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, assegurou a toda pessoa, natural ou jurídica, nas solicitações de atos públicos de liberação de atividade econômica essencial para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, o direito de registro automático dos atos constitutivos de empresário individual e sociedade limitada, quando tenham sido concluídas as consultas prévias da viabilidade de nome empresarial e de localização. A da Lei Complementar nº 123, por sua vez, amparada no art. 179 da CF/1988, concede tratamento tributário diferenciado e simplificado às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo, que se autodeclarem como empresas de inovação, com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda.

2. A função social da empresa

A função social da empresa deve ser compreendida como um poder-dever do empresário individual e dos sócios e administradores das sociedades empresárias de conformarem a empresa aos interesses da coletividade e, ao mesmo tempo, fazerem com que a persecução do lucro ^[2] observe certos deveres positivos e negativos ^[3]. Essa concepção tem longevidade histórica e teria sido formulada pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar ^[4]. Marca o processo de transformação dos comerciantes e sociedades mercantis, ao longo da passagem do Estado liberal - indiferente a fins determinados, para um Estado Social, que passa

2. A busca pelo lucro constitui uma das principais características da atividade empresarial, podendo-se afirmar ser este o traço distintivo entre as sociedades e os demais tipos de pessoa jurídica previstos no art. 44 do CC. No entanto, o lucro deve ser conectado com os princípios que informam o exercício da atividade empresarial, como o da função social, o da livre concorrência (art. 170, IV, CF), da não degradação do meio ambiente (art. 170, VI CF), respeito aos direitos dos consumidores (art. 170, V, CF) e observância das leis trabalhistas (art. 170, caput, CF).

3. Cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, vol. 810, abr., pp. 33-50, 2003, p. 40. Para Fábio Konder Comparato, a função social consistiria no poder-dever de vincular a coisa a um objetivo determinado pelo interesse coletivo [Estado, empresa e função social. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 732, out., 1996, p. 37].

4. Cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 92, vol. 810, abr., pp. 33-50, 2003, p. 34.

a direcionar a ordem jurídica para a solução de mazelas sociais, com fins e objetivos determinados ^[5].

Eros Grau identifica a função social da empresa com a função social da propriedade:

“A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa”. ^[6]

De fato, é possível afirmar que se trata de uma manifestação da função social da propriedade, no sentido de função social dos meios de produção ^[7]. Nesse sentido, apenas os bens de produção, porque considerados fontes de riqueza, poderiam estar vinculados a uma função social. Já os bens de consumo, por estarem ligados à vontade íntima de seu titular, não se vinculariam a uma determinada função social. Segundo, Fábio Konder Comparato, “em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos” ^[8].

5. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. Rio de Janeiro: Revista Forense, ano 81, vol. 290, abr.-jun., 1985, p. 10.

6. GRAU, Eros. A ordem econômica na constituição de 1988. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 243. Importante observar que a ideia de função social da propriedade é positivada com a promulgação da primeira Constituição Republicana Alemã, em Weimar, de 1919, apesar da doutrina germânica não ter conseguido, durante longo tempo, extrair uma aplicação prática desse princípio constitucional [Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro, ano XXV, n. 63, jul.-set., 1986, p. 75].

7. Há autores que vinculam intrinsecamente a noção de função social da empresa à função social da propriedade, confundindo, muitas vezes, categorias como as de responsabilidade social e função social da empresa. Em verdade, “o princípio que assegura a propriedade privada ao mesmo tempo condiciona-a a ter uma função social. Por essa razão, esse mesmo princípio assegura a propriedade privada da empresa, mas também a condiciona a atender a sua função social” [FABRETTI, Láudio Camargo. *Direito de empresa no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25].

8. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico financeiro*, ano XXV, jul.-set., 1986, p. 76. Ana Frazão de Azevedo Lopes discorre sobre essa conexão forte existente no Século XIX. Para ela, se toda a atividade empresarial partia da propriedade e do contrato, seria inequívoco que as transformações sobre estes institutos teriam reflexos diretos na própria empresa, principalmente com atenção especial aos bens de produção [*Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, pp. 113-114].

Dessa forma, a função social desloca-se da propriedade para o poder de organização e controle que o titular da empresa exerce sobre pessoas e bens de produção^[9].

Em que pese a descrença inicial quanto à efetividade do conceito no Brasil, considerado incongruente com o regime capitalista, nas palavras de Fábio Comparato^[10], é consenso na doutrina atual que a empresa deve respeitar os legítimos interesses da sociedade, definidos pelos fundamentos e princípios constitucionais que os informam, extraídos do art. 170 da CF/88^[11]. Assim, a empresa só exerce função social quanto voltada à consecução dos fundamentos (*valorização do trabalho humano e livre iniciativa*), finalidades (*existência digna e justiça social*) e princípios (*defesa do consumidor, do meio ambiente, da livre concorrência, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego*) da ordem econômica^[12].

Segundo Alfredo Lamy Filho, a função social da empresa “traduz-se na obrigação que lhe assiste, de pôr-se em consonância com os interesses da sociedade a que serve, e da qual se serve. As decisões que adota (...) têm repercussão que ultrapassam de muito seu objeto estatutário, e se projetam

9. Cf. LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 123.

10. Para Fábio Konder Comparato: “é imperioso reconhecer a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social” [Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 732, out., 1996, p. 45].

11. Cf. Maria Celina B. Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. I, 1991, p. 7. A funcionalização, seja da propriedade ou da empresa, reflete objetivamente a necessidade de condicionamento do exercício dos respectivos direitos aos interesses maiores da sociedade [Cf. BARTHOLÔ, Bruno Paiva; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 96, vol. 857, mar., 2007, p. 17]. No mesmo sentido, BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, pp. 167-168.

12. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102. Para o autor, figurariam como princípios de integração e que devem ser observados pela empresa, os de defesa do consumidor, do meio ambiente, de redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. No mesmo sentido, Maria Helena Diniz [HELENA DINIZ, Maria. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 51, 2018, p. 394], que afirma que o empresário exercerá sua atividade econômica sem que haja abuso de posição dominante, proporcionando meios para defesa do consumidor e redução de desigualdades sociais. Conforme Waldirio Bulgarelli: “é natural que, como centro polarizador da atividade econômica moderna (...) convergisse para a empresa uma variada gama de interesses, dizendo respeito aos trabalhadores, aos credores, ao Estado (quer na sua função mais mesquinha de arrecadador de impostos, quer como incentivador das atividades produtoras, quer ainda como intérprete das aspirações populares ou do bem público), aos sócios ou acionistas em relação ao empresário coletivo; aos consumidores, à comunidade, etc. (...) Era natural, também que se acrescessem os deveres da empresa para com a sociedade e consequentemente sua responsabilidade, ficando-se autorizado a conferir-lhe, por isso, uma função social consequente com a ideia natural de bem público” [*Tratado de Direito Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, pp. 165-166].

na vida da sociedade como um todo. Participa, assim, o poder empresarial do interesse público, que a todos cabe respeitar”^[13].

Por fim, uma última nota conceitual, de modo a que não se confunda função social com responsabilidade social. Em que pese a conexão intrínseca entre os dois conceitos, diferenças importantes devem ser pontuadas. Enquanto a responsabilidade social concerne a gestos voluntários ou espontâneos do empresário, sem qualquer imposição legal, a função social da empresa incide sobre a atividade empresarial de modo cogente^[14].

Assim, a responsabilidade social seria o que se designa de “cidadania empresarial”, sendo uma etapa de maior conscientização do empresariado no que diz respeito aos problemas sociais e ao seu potencial papel na resolução dos mesmos^[15].

Embora o Código Civil não mencione expressamente a função social da empresa, não significa que esta não exista e não deva ser observada^[16]. Trata-se de um princípio implícito do Direito Civil e que deve ser extraído a partir das cláusulas gerais que tratam da função social da propriedade e dos contratos. De outro lado, a função social é princípio explícito do Direito Falimentar e encontra-se expressamente positivado no art. 47 da Lei n. 11.101/05: “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, de emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

13. FILHO, Alfredo Lamy. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 190, pp. 54-60, out./dez., 1992, p. 58.

14. Cf. PEREZ, Viviane. *Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 95-96]. No mesmo sentido, José Afonso da Silva [*Curso de Direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103.

15. Cf. DUARTE A., Regina. A responsabilidade social da empresa, breves considerações. *Revista do Instituto dos advogados de São Paulo*, ano 7, n. 13, jan.-jun., 2004, p. 148. É importante mencionar que, apesar dos gastos necessários para que a empresa seja socialmente responsável, também há grandes vantagens, tendo em vista que, ao propiciar uma comunicação mais aberta com seus colaboradores e com a coletividade, e trazer melhores condições sociais, a empresa impulsiona sua atividade econômica [DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32]. No mesmo sentido, HELENA DINIZ, Maria. Importância da função social da empresa. *Revista jurídica*, v. 2, n. 51, 2018, p. 407.

16. Ver Enunciado n. 53 da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2002: “Deve se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

Dotada de vagueza semântica, a função social da empresa terá o seu conteúdo preenchido à luz do caso concreto, de acordo com os programas normativos de outras disposições, permitindo a abertura e mobilidade do sistema jurídico^[17], em prol da evolução e atualização das normas, em consonância com as crescentes e céleres transformações sociais.

A lei não define o que é função social da empresa, não descreve o comportamento exigido ou as consequências de sua inobservância, cabendo ao aplicador do Direito considerar os elementos fáticos, valorativos e soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência ou pela doutrina para casos análogos a fim de alcançar a exata dimensão do seu conteúdo específico. Essa opção do legislador pela “vagueza” não restou isenta de críticas. Caio Mário da Silva Pereira chegou a fazer um paralelo com o art. 1º do antigo Código Civil Soviético, “que condiciona a proteção dos direitos individuais ao exercício em consonância com a sua destinação econômica e social”. Onde está fixado o conceito de função social, indagava o professor, já imaginando que “juízes interpretarão este dispositivo ao sabor dos seus pendores individuais” e que “a estabilidade da vida contratual correrá toda espécie de riscos”^[18].

Entretanto, como qualquer princípio, o da função social não é absoluto, de forma que pode ser afastado no momento da subsunção. O STJ, por exemplo, já decidiu que “a função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo”, ressaltando que “a sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus

17. Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

18. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Depoimento prestado à Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Arquivo, Centro de Doc. e Inf., 06/08/1975. A crítica de Caio Mário da Silva Pereira à definição da “função social do contrato”, é rebatida por Miguel Reale com especial contundência: “Não pode haver interpretação mais tendenciosa a falha. O exercício da liberdade de contratar em razão da função social do contrato não é senão uma consequência lógica e natural do princípio constitucional que proclama ‘a função social da propriedade’. Que vale tecer ditirambos em prol da humanização do direito, se, depois, no momento concreto da ação, se admite que a autonomia da vontade possa dar nascimento a contratos em conflito com a função social dos contratos? É absurdo, portanto, dizer, só pelo prazer de contestar, que o preceito do art. 417 servirá apenas para ‘invalidar as avenças, e de um fundamento a mais para a manifestação de recursos’. Quando se passa a raciocinar de forma tão inconsistente não há como responder. Trata-se, ao contrário, de norma que tem como destinatário principal o juiz, servindo de base a uma efetiva e concreta apreciação dos fatos, a fim de que as tão decantadas diretrizes sobre imprevisão, onerosidade excessiva, lesão enorme, abuso de direito etc., não fiquem apenas como uma ‘capa florida de direitos sociais’, a ocultar empedernido e superado apego à soberana vontade individual, mas em benefício dos mais fortes ou mais ousados”(REALE, Miguel. *Em defesa do anteprojeto do código civil*. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Arquivo. Centro de Doc. e Inf., s/d).

compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei n. 11.101/2005”^[19].

De outra senda, também já se concluiu que, havendo divergências entre os sócios que impeçam o convívio e denotem a quebra da *affectio societatis*, “tratando-se, pois, de graves desinteligências que comprometem o encaminhamento das demandas da empresa e, assim, o seu funcionamento, tem-se por verificada a inexecutabilidade do seu fim social, a amparar o requerimento de dissolução judicial, na forma do inciso II do artigo 1.034 do Código Civil”^[20].

O que se evidencia pelos julgados referenciados é que a dissolução da empresa tem sido evitada sempre que a sociedade permanece exercendo as suas atividades de forma regular, gerando empregos e pagando impostos. Do contrário, se demonstrada a inatividade fática da sociedade, a qual não recolhe impostos significativos nem possui quadro de empregados, tem-se decidido que a dissolução judicial não viola os princípios de preservação e função social da empresa.

3. A função social da empresa e suas repercussões práticas

A concretização da função social da empresa implica a observância tanto de interesses internos (vertente endógena), quanto externos (versão exógena), condicionadores da atividade empresarial. Ou seja, a função social deve guiar as relações entre os agentes internos, como empregados, sócios e administradores; e balizar as relações com os centros de interesses externos à empresa, voltados à proteção dos consumidores, dos concorrentes, do

19. STJ, AGRG no CC 110.250/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 16.09.2010. No mesmo sentido, a 4ª Turma do STJ decidiu que a função social e o princípio da preservação da empresa reclamam “que a sua continuidade se ajuste ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais” [STJ, REsp 61.278/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, julgado em 25/11/1997, DJ de 06/04/1998].

20. TJDFT, APC n. 2016.01.1.063221-2, Rel. Des. Simone Lucindo, 17.07.2018.

meio ambiente, do pleno emprego e da redução das desigualdades regionais e sociais ^[21].

Nesse norte, apresentaremos nos tópicos que se sequeciam algumas repercussões práticas da função social da empresa em situações específicas, já exploradas na doutrina ou na jurisprudência.

3.1. A aplicação do regime recuperacional a entidades (formalmente) não empresárias

Em interpretação literal e restritiva, somente os empresários se submetem à legislação falimentar (Lei n. 11.101/2005, com as alterações da Lei n. 14.112/2020). O empresário individual e as sociedades empresárias sofrem a incidência da LRE independentemente da inscrição ou do arquivamento do contrato social na Junta Comercial, sendo certo que a Lei n. 11.101/2005 pode ser aplicada ao empresário irregular ou à sociedade empresária despersonalizada.

Entretanto, tem-se admitido, em sede doutrinária e jurisprudencial, a recuperação judicial de sociedades simples e de associações civis. Assim, já se decidiu, por exemplo, manter a decretação de quebra de entidade educacional organizada sob a forma de sociedade simples de responsabilidade limitada, registrada em cartório de registro civil de pessoas jurídicas (arts. 983 e 1.150 do Código Civil), justamente por se identificar a prestação de serviços de natureza intelectual mediante o emprego de “elementos de empresa”, ou seja, mediante a organização dos meios de produção para obtenção de lucros e expansão mercadológica, “características próprias de sociedade empresária, alcançada, sem restrições, pelo conceito descrito no *caput* do artigo 966 do Código Civil, extensivo às sociedades quando a atividade econômica é desenvolvida por uma coletividade de empreendedores ou sócios, e não de

21. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107. No mesmo sentido: PEREZ, Viviane. *Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 102. No mesmo sentido, Modesto Carvalhosa: “Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Considerando-se principalmente três as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados (...) a segunda volta-se ao interesse dos consumidores (...), a terceira volta-se ao interesse dos concorrentes (...). E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica urbano e ambiental da comunidade em que a empresa atua”[CARVALHOSA, Modesto e LATORRACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 237-238].

forma unipessoal, como bem descrevem os artigos 981 e seguintes do referido diploma legal. Circunstâncias que apontam para sua submissão à disciplina da Lei n. 11.101/2005”^[22].

Em outra decisão da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, confirmada pelo TJRJ foi autorizada a recuperação judicial da Universidade Cândido Mendes, associação civil sem fins lucrativos, pois “ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, a toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente. A concepção moderna da atividade empresária se afasta do formalismo para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada. Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes – ASBI – se apresente como associação civil, de fato, ela substancialmente desempenha verdadeira atividade empresária, a teor do art. 966 do Código Civil, pois realiza atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, gera empregos e arrecadação para o Estado, revestindo-se de genuína função social”^[23].

No mesmo sentido, decisão da 1.ª Vara Empresarial de Salvador deferiu o processamento da recuperação judicial da associação civil sem fins lucrativos Hospital Evangélico da Bahia, pois, mesmo em se tratando formalmente de uma associação, exerce atividade econômica e “sua organização é equiparada a de empresa, e que coloca bens e serviços no mercado, buscando superávit, sustentabilidade econômica e crescimento patrimonial, onde a única diferença é que o ‘lucro’ aferido é direcionado ao incremento da própria atividade, ou seja, não há divisão de lucros”^[24].

No que tange ao regime recuperacional, é possível perceber, portanto, a aplicação da função social da empresa no momento em que se prioriza a

22. TJSP, Agravo de Instrumento n. 0187821-36.2012.8.26.0000, *DJESP* 13.05.2013.

23. Processo n. 00093754-90.2020.8.19.000.

24. Recuperação Judicial n. 8074034-88.2020.8.05.0001. Nesse sentido, também houve julgado em que se dilatou o prazo de suspensão de execuções previsto no art. 6º, §4º da Lei de Falência, com fundamento na função social da empresa: “(...)O Tribunal Superior do Trabalho, prestigiando os princípios da preservação e da função social da empresa, posicionou-se no sentido de que o prazo de suspensão de execuções previsto no art. 6º, §4º, da Lei de Falências poderá ser dilatado, nos casos em que, deferido o plano de recuperação judicial, este vem sendo regularmente cumprido pela empresa em recuperação (...)» [TRT 2ª R.; AP 1001037-34.2015.5.02.0262; Décima Sexta Turma; Relª Desª Regina Aparecida Duarte; DEJTSP 18/06/2019].

reorganização empresarial, a fim de manter a pessoa jurídica em operação, independentemente do enquadramento como sociedade empresária. A função social, aqui, se confunde com o princípio da preservação da empresa, conservando-se empregos, investidores, fornecedores e impostos decorrentes da atividade^[25].

O princípio da preservação da empresa (em sentido *lato*), deve ser visto como uma das manifestações concretas do exercício da função social.

3.2. O exercício da empresa pelo incapaz

O art. 974 do Código Civil permite que o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continue a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

Os incapazes, quer sejam os absolutamente incapazes, nos casos do art. 3º, quer sejam os relativamente incapazes, nas situações do art. 4º, podem continuar a empresa, antes exercida por eles como capazes (nos casos de incapacidade superveniente, especialmente nas hipóteses do art. 4º), por seus pais ou pelo autor da herança (nos casos de sucessão hereditária – legítima ou testamentária).

Nesse sentido, são duas as possibilidades de uma pessoa incapaz exercer a empresa como empresário individual – ou ele se tornou incapaz no exercício da atividade empresarial ou ele é sucessor hereditário do empresário individual.

25. Cf. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 92, vol. 810, abr., pp. 33-50, 2003, p. 45. No âmbito dos tribunais estaduais, é corrente a visão da recuperação judicial como forma de se preservar a empresa e manter sua função social: “O direito empresarial, em uma visão moderna, ante a função social da empresa, que circula capital, gera empregos e paga tributos, trabalha com o princípio da preservação da empresa. (...) Seguindo o princípio da preservação da empresa, a recuperação judicial constitui uma ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do empresário devedor, viabilizando a manutenção de suas atividades (...)” [TJR]; AI 0066573-83.2021.8.19.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Renata Machado Cotta; DORJ 04/02/2022]. “A **recuperação judicial tem como fim colimado atender o princípio da preservação da empresa**, previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, **querem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do negócio, para preservar sua fonte produtora**, assegurar emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores, **atendendo à função social** e ao estímulo da atividade econômica desempenhada [TJAL; AI 0805415-07.2017.8.02.0000, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Klever Régio Loureiro; DJAL. 04/06/2019]. «(...) Hipótese em que se revela injusta e desarrazoada a convalidação da recuperação judicial em falência por conta da rejeição do voto de apenas dois credores, indo de encontro aos princípios da preservação e da função social da empresa, em contrariedade ao art. 47, da Lei nº 11.101/2005 (...) III. Outrossim, ao que se afere das razões recursais da instituição financeira, ora agravante, o voto contrário a aprovação do aditivo ao plano está fundamentado apenas no aumento do prazo de carência, em doze meses, ao passo que os efeitos resultantes da falência seriam devastadores, importando na demissão de inúmeros colaboradores das recuperandas. Portanto, como bem ressaltado na decisão, deve ser considerado abusivo o voto dos credores da classe II - créditos com garantia real e mitigado os requisitos do art. 58, da Lei nº 11.101/2005, sobrelevando a necessidade de preservação da empresa” [TJRS, AI 0131051-66.2019.8.21.7000; Processo n. 70081591422; Canoas; 5ª Câmara Cível, Rel. Jorge André Pereira Gailhard; J. 18/12/2019; DJERS 28/01/2020].

O incapaz exercerá a empresa, em continuação à atividade que já era exercida por ele próprio enquanto capaz, ou por aqueles a quem sucedeu por vocação hereditária ou testamento, mas só poderá fazê-lo por meio de representante legal, ou devidamente assistido, quando relativamente incapaz, e sempre, obrigatoriamente, mediante autorização judicial, conforme previsão do § 1º do art. 974.

Portanto, o exercício da empresa pelo empresário individual “incapaz, representado ou assistido, somente é possível nos casos de incapacidade superveniente ou incapacidade do sucessor na sucessão por morte” (Enunciado n. 203 da III Jornada de Direito Civil).

Nos termos da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), a pessoa com deficiência mental, desde que não submetida à curatela, pode exercer pessoalmente a empresa, inclusive como empresário individual, não podendo a Junta Comercial negar a concessão do registro de empresário.

Em casos de falecimento do empresário individual, são comuns as decisões que asseguram a continuidade da empresa pelo herdeiro capaz ou incapaz, em concretização ao princípio da preservação da empresa, considerando-se a relevância socioeconômica e a conveniência da continuação das atividades, uma vez que “a empresa desempenha função que extrapola os limites dos interesses patrimoniais de seus titulares, pois gera empregos, amplia o recolhimento de tributos e ativa a economia, além de incrementar importações e exportações, de maneira tal que sua preservação interessa à sociedade e ao Estado”^[26].

A continuidade da empresa pelo incapaz também concretiza a função social, tendo em vista que permite a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a consequente preservação da empresa.

26. TJSC, AC 2005.025103-5, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, DJSC 10.09.2008.

3.3. O contrato de sociedade e sua função social

O art. 981 define o contrato de sociedade, anteriormente disciplinado nos arts. 1.363 e seguintes do Código Civil de 1916, como o contrato típico, bilateral (ou plurilateral), oneroso, sujeito às regras e princípios previstos nos arts. 421 e seguintes deste Código, concernentes à formação e validade dos contratos em geral, especialmente quanto à função social e à boa-fé objetiva.

Os contratos de sociedade, portanto, por serem uma especialização dos contratos em geral, também exercem função social, na medida em que repercutem nas atividades societárias, devendo observar preceitos como a responsabilidade social, ética e boa-fé objetiva dos contratos de sociedade é essencial^[27].

Ademais, é umbilical a relação entre a função social da propriedade, dos contratos e da empresa. Se toda atividade econômica organizada para obtenção de lucros parte do uso da propriedade e dos contratos realizados, é possível reconhecer que a função social da empresa decorre tanto da função social da propriedade, quanto do contrato. Trata-se, essencialmente, do reconhecimento progressivo da função social da propriedade e do contrato no ordenamento jurídico, como ensina Ana Frazão:

“Se toda atividade da empresa partia da utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre estes institutos teriam reflexos diretos na própria empresa. Por outro lado, a sua crescente importância fez com que uma atenção especial fosse conferida aos bens de produção”^[28].

Dessa forma, a função social da empresa, especialmente quando a atividade é exercida por pessoa jurídica, também se revela pelo atendimento

27. Cf. HELENA DINIZ, Maria. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 51, 2018, p. 409.

28. LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 113-114. No mesmo sentido, sobre a intrínseca relação entre o exercício da empresa, o contrato e a propriedade, v. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 112.

da função social e demais princípios contratuais pelo contrato social ou pelo ato constitutivo ^[29].

3.4. O cumprimento da legislação trabalhista como concretização da função social da empresa

Nas Cortes trabalhistas são comuns as decisões que consideram o descumprimento da legislação trabalhista como modalidade de violação do dever de diligência, pois “não basta à empresa a busca pelos lucros, devendo exercer também sua função social, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, com o objetivo de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Dessarte, o descumprimento pela empresa da legislação trabalhista torna latente a incúria do administrador, que não se pautou pelos deveres de probidade e diligência ínsitos à sua função” ^[30].

A exigência ao administrador da diligência do homem probo no exercício de suas atribuições, demanda “não apenas pautar-se pelos bons costumes e boa-fé, mas precipuamente o cumprimento das leis, não tendo sido cumpridas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, vigente quando do exercício pelo administrador da gestão empresarial, este deve responder pelos débitos devidos ao reclamante” ^[31].

Assim, a função social da empresa também é um compromisso com o respeito às leis trabalhistas e aos interesses dos empregados. Ainda que a empresa não deva sacrificar a sua própria manutenção em favor dos trabalhadores, deve exercer suas atividades a fim de assegurar que sua função social seja observada ^[32].

29. Nas lições de Paulo Luiz Netto Lobo, “o princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem”. (LÓBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Contratuais. In: LÓBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2002, p. 09-23, p. 15). Para Teresa Negreiros, “em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social serve como fundamento para a relevância externa do crédito, na medida em que propicia uma apreensão do contrato como fato social” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 260)”.

30. TRT-2, AP 01600-1998-042-02-00-9, Rel. Juíza Vania Paranhos, *DOESP* 29.02.2008.

31. TRT-2, AP 01487-2008-010-02-00-0, Rel. Des. Fed. Vania Paranhos, *DOESP* 21.08.2009.

32. CARMO, Patrícia Santos de. Função social da empresa: instrumento de efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas e do valor social do trabalho. *Revista do TRT-18ª*, Goiânia, ano XIV, 2014, p. 342 e ss.

Em decorrência, deve prezar pela fiscalização no cumprimento de obrigações trabalhistas, com promoção da dignidade humana^[33].

3.5. Cláusula contratual que regula a sucessão de sócio

O art. 1.028 do CCB^[34] versa sobre a sucessão hereditária do sócio, regulando a transmissão das quotas sociais após o falecimento do seu titular. O dispositivo permite, por exemplo, em caso da morte de um sócio, que o cônjuge, o companheiro, os herdeiros, ou determinado herdeiro, ingressem na sociedade, mediante transmissão das quotas e alteração do contrato social, passando o sucessor a ocupar a posição do *de cujus* no quadro societário. Ou ainda que a sociedade continuará apenas com os sócios sobreviventes, ou mesmo com outros beneficiários que não os herdeiros legítimos. O contrato pode igualmente estipular que os sucessores somente ingressarão na sociedade com o consentimento dos demais sócios, ou que determinados herdeiros, ou classe de herdeiros, não serão admitidos na sociedade.

A liberdade contratual dos sócios, para regular no ato constitutivo da sociedade, a sucessão de suas quotas, deve ser a mais ampla possível, só encontrando limites nas disposições de ordem pública, a exemplo dos arts. 421 e 422 do CC, e nos princípios gerais do direito, tais como o da vedação ao enriquecimento sem causa.

O contrato social, como negócio jurídico e instrumento da autonomia privada, pode especificar, portanto, quais herdeiros passarão a integrar a sociedade. Havendo disposição contratual que permita o ingresso de herdeiros e sucessores, orienta a Instrução Normativa DREI nº 55 de 2021, “podem

33. O TRT-2 tem entendimento firmado de que a tutela da dignidade do trabalhador insere-se na função social da empresa: “(...) É sabido que o assédio moral, ou, ainda, manipulação perversa, terrorismo psicológico, caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do trabalhador, expondo-o a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar-lhe ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica e, que pode ser praticado pela empresa (na figura do preposto, superior hierárquico) ou pelos próprios colegas. Registre-se, ainda, que a tutela da dignidade do trabalhador insere-se na função social da empresa, que está obrigada a **manter um ambiente de trabalho saudável, no qual deve ser observado o respeito à pessoa do trabalhador (...)**” [TRT 2ª R.; RORSum 1001334-40.2019.5.02.0411; Quarta Turma; Relª Desª Ivani Contini Bramante; DEJTSP 05/10/2020].

34. Art. 1.028, CCB: “No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I – se o contrato dispuser diferentemente; II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido”.

estes já ingressarem com alteração contratual assumindo sua posição, não sendo necessária a apresentação de alvará e/ou formal de partilha, em virtude de inexistência de previsão legal”.

Nessa hipótese, ocorre a atribuição imediata, em seu favor, das participações societárias, as quais serão excluídas do monte mor da sucessão, sem necessidade de se aguardar a partilha definitiva, ainda que o seu equivalente econômico seja eventualmente submetido a colação no inventário. Na sucessão *ab intestato*, a opção do contrato não pode resultar em desigualação dos quinhões hereditários, o que depende de disposição testamentária, observados os limites da legítima. Se o valor das quotas, na data de abertura da sucessão, exceder os direitos sucessórios do herdeiro eleito no contrato para ingressar na sociedade, a diferença deve ser colacionada e o ingressante se torna devedor dos demais.

Adverta-se, porém, que mesmo contendo o contrato social cláusula dispondo sobre a substituição do sócio falecido pelos herdeiros ou por determinado herdeiro e não existindo ressalva quanto ao direito dos sócios remanescentes em aceitá-los ou não, essa previsão não os transforma, automaticamente, em sócios da pessoa jurídica. Primeiro, porque a transmissão da qualidade de sócio pela via convencional fica condicionada à aceitação dos sucessores, que podem recusar a condição de sócio (o que não se confunde com renúncia à herança), já que ninguém pode ser compelido a associar-se (art. 5º, inc. XX, da CF). Nada pode obrigar a que os herdeiros se tornem sócios da sociedade cujas quotas sociais lhes foram transmitidas, se assim não o desejarem, da mesma forma que os sócios remanescentes podem discordar da admissão de novos sócios e postular a própria retirada do quadro societário. Se os herdeiros não desejarem “substituir” o sócio falecido, ocorrerá tão somente a apuração dos haveres. A alteração contratual para exclusão de herdeiros e sucessores eleitos no contrato será feita sem a necessidade de alvará ou formal de partilha. Se a discordância for dos sócios remanescentes, sobrar-lhes-á a opção de retirada, seguindo-se o procedimento de liquidação parcial de sociedade. Mas não lhes cabe obstar o ingresso dos herdeiros, quando anuíram com a previsão de substituição convencional, ao subscreverem o contrato social.

A disposição contratual referente à transmissão de quotas e ao ingresso de herdeiros no quadro social, no entanto, é bastante controvertida diante do que estabelece o art. 426 (*Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*).

As quotas sociais possuem conteúdo econômico, integram o patrimônio do sócio enquanto vivo e sua herança após a morte. Ao regular o ingresso do herdeiro no quadro social, transmitindo-lhe a titularidade das quotas, o contrato dispõe sobre parte da futura herança do sócio ainda vivo, o que caracteriza, no rigor do enquadramento, uma das espécies de pactos sucessórios (*pacta corvina*).

Não obstante, é plenamente válido esse tipo de pacto, pois os princípios da conservação e da função social da empresa, de matriz constitucional, se sobrepõem à regra infraconstitucional do art. 426, cujo afastamento, *de lege ferenda* ou mesmo *de lege lata*, já tem sido, aliás em boa hora, aventado por parte da doutrina ^[35].

3.6. O desvio da função social como pressuposto para a desconsideração da personalidade jurídica

Concretizando o diálogo das fontes entre a legislação do anonimato e o Código Civil, já se acolheu incidente de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade anônima, por considerar “abusiva a administração empresarial que não cumpre, de forma regular, os direitos sociais de seus empregados, diante do desvio de sua função social, o que justifica a aplicação das disposições do artigo 50 do Código Civil, em harmonia com as previsões do artigo 158, *caput*, incisos I e II, da Lei nº 6.404/76”. ^[36]

Como Fábio Konder Comparato afirmava, a função em direito é um “poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em

35. Cf. DELGADO, Mário Luiz. Pacto sucessório. Renúncia a direito concorrencial. Possibilidade. Inteligência do art. 426 do Código Civil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, vol. 43, 2021, p. 185 e ss.

36. TRT 6ª R., AP 0000701-05.2015.5.06.0143, Rel. Des. Virgínia Malta Canavarro, *DOEPE* 23.01.2019. No mesmo sentido: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, disciplinado no CPC/2015, é instrumento de materialização do contraditório e da ampla defesa, nos casos em que se pretende tornar ineficazes os atos realizados pela sociedade, na pessoa de seus sócios, em detrimento da função social da empresa (...)” [TRT-23ª R., AP n. 0001001-15.2015.5.23.0071, Tribunal Pleno; Rel. Beatriz Theodoro; DEJTMT 20/08/2020].

proveito do próprio titular”^[37]. Portanto, a ilicitude que gera a desconsideração da personalidade jurídica decorreria não apenas de uma irregularidade formal da empresa, mas também de um desvio da finalidade social que deveria ser exercida por ela em prol da comunidade, mas que tem em seu âmago o abuso de personalidade pela empresa, a favorecer os próprios sócios, em detrimento da sociedade como um todo.

3.7 Função social nas sociedades anônimas

Na Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) há diversas manifestações da função social da empresa, como no art. 116, parágrafo único, ao estabelecer que o acionista controlador deve usar o poder com o “fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”^[38].

A lei, dessa forma, elenca que há interesses internos e externos que devem ser respeitados. Quanto aos primeiros, deve-se respeitar os interesses das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os acionistas, outros titulares de valores mobiliários e os trabalhadores; quanto aos interesses externos, respeitam-se àqueles da comunidade em que ela atua^[39].

Assim, mesmo que a atividade empresarial da companhia persiga a maximização do lucro, os administradores e acionistas devem atender a objetivos sociais preponderantes, respeitando os direitos dos trabalhadores, não poluindo, não praticando qualquer espécie de discriminação^[40].

37. COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 81, v. 290, abr.-jun., 1985, p. 12.

38. Fábio Konder Comparato, ao tratar sobre a função social da empresa especificamente quanto a este artigo sustenta que elencaria os deveres negativos impostos pela função social, tendo em vista que os deveres positivos seriam aqueles previstos no art. 7º, CF [Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 732, Out., 1996, p. 44-45]. No mesmo sentido, a Lei de Sociedades Anônimas no art. 154 também traz o conceito e determina a observância da função social da empresa: “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferirem, para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da **função social da empresa**” Modesto Carvalhosa sobre o papel dos administradores e a função social a ser exercida, afirma que: “a função social da empresa deve ser levada em conta pelos administradores, ao procurar a consecução dos fins da companhia. Aqui se repete o entendimento de que cabe ao administrador perseguir os fins privados da companhia, desde que atendida a função social da empresa” [CARVALHO, Modesto e LATORRACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 238].

39. COMPARATO, Fabio Konder. A reforma da empresa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 81, v. 290, abr.-jun., 1985, p. 12

40. Cf. EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A Comentada* – vol. II, artigos 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 359.

3.8 A função social da empresa e o meio ambiente

Atualmente há diversas normas que estabelecem critérios para o uso de forma sustentável do meio ambiente, impondo a conciliação entre a liberdade econômica da empresa e a conservação ambiental. Por isso, exerce a função social a empresa que utiliza os recursos naturais de forma justa e reduz seus impactos econômicos (art. 225, CF). Nesse sentido, as lições de Modesto Carvalhosa, sobre a temática ambiental e a função social da empresa:

“E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua. O compromisso com a preservação da natureza transcende, outrossim, os aspectos meramente comunitários, para se colocar num plano universal. A produção de elementos nocivos não só ao homem, como também à fauna e à flora, constitui dano de igual importância”^[41].

Há, assim, deveres negativos e positivos que a empresa deve observar, sejam eles decorrentes da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) ou diversas outras disposições que trazem deveres aos empresários, seja por meio da obrigatoriedade do licenciamento ambiental para exercício de determinadas atividades, ou pela observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010) ou Política Nacional de Resíduos Hídricos (Lei n. 9.433/97), dentre outros.

Todas essas políticas de observância obrigatória pelo empresário concretiza a função social da empresa, já que se entende que determinadas atividades, por impactarem de forma relevante o meio ambiente, podem até continuar sendo exploradas – como exploração de minérios, madeira, pesca – mas desde que de forma racional para preservação de recursos a gerações futuras^[42].

41. CARVALHOSA, Modesto e LATORRACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 238.

42. Cf. HELENA DINIZ, Maria. Importância da função social da empresa. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 51, 2018, p. 398 e ss. Cf. julgamento pelo TJMG, o agente, ao lavrar auto de infração e penalidades por descumprimento desses deveres, deve observar a gravidade do fato, em vista dos motivos da infração, suas consequências para a saúde pública e meio ambiente, e o cumprimento

4. Notas conclusivas

A empresa, como instrumento para a concretização do direito ao desenvolvimento, não pode estar dissociada de sua função social, que representa, exatamente, a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sempre observando a pessoa humana e sua dignidade como valor fundante do ordenamento. O comportamento ético da empresa e sua orientação no sentido da conformação da atividade produtiva com os interesses maiores da sociedade, são deveres legais expressamente previstos em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

A atividade empresarial é condicionada ao exercício de sua função social, de forma que a persecução de lucro seja alcançada em observância às práticas de boa gestão concorrencial (art. 170, IV, CF), preservação do meio ambiente (art. 170, VI e art. 225, CF), respeito aos direitos dos consumidores (art. 170, V, CF) e observância das leis trabalhistas (art. 170, *caput*, CF).

A função social, segundo Gerson Luiz Carlos Branco, demonstra “a preocupação social e a visão integral do direito em Miguel Reale, pois ao mesmo tempo que nega ao Estado o monopólio da criação jurídica, atribui aos particulares a obrigação de que as normas nascidas de atos de vontade cumpram com a função social, como exigência do princípio da socialidade”^[43].

Nas palavras do próprio Miguel Reale, o Código Civil Brasileiro tomou posição diante de dois valores que estavam em conflito: o valor do indivíduo,

da legislação ambiental estadual, em prol da função social da empresa: AGRADO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. EMBARGO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 3. De acordo com o Decreto Estadual nº 44844/2008, ao lavrar auto de infração e aplicar as penalidades cabíveis, deve-se observar a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente e recursos hídricos; os antecedentes do infrator ou do empreendimento ou instalação relacionados à infração, quanto ao cumprimento da legislação ambiental estadual; a situação econômica do infrator, no caso de multa; a efetividade das medidas adotadas pelo infrator para a correção dos danos causados ao meio ambiente e recursos hídricos; e a colaboração do infrator com os órgãos ambientais na solução dos problemas advindos de sua conduta. (TJMG; Agravo Instrumento n. 1.0209.14.007879-8/001; Rel. Hilda Teixeira da Costa; J. 01/12/2015; DJEMG 11/12/2015). Em julgado semelhante, determinou-se que deve observar a razoabilidade em multa por descumprimento da legislação ambiental, pois “não se pode descurar, ainda, a **função social da empresa** na qual valor exacerbado pode causar prejuízos irreparáveis, tendo em conta que gera empregos e atende à população (...)” [TJR], APL-RNec n. 0002287-13.2015.8.19.0031; Maricá; Décima Nona Câmara Cível; Rel. Des. Lucio Durante; DORJ 27/06/2019; Pág. 513

43. MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.29.

de um lado, e o valor da coletividade, do outro, procurando uma solução de convergência de valores individuais e sociais, dentro da preocupação fundamental de dar ao indivíduo aquilo que lhe compete, mas nos limites das exigibilidades coletivas^[44].

5. Bibliografia

AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARTHOLO, Bruno Paiva; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 96, vol. 857, mar., 2007.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CARMO, Patrícia Santos de. *Função social da empresa: instrumento de efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas e do valor social do trabalho*. Revista do TRT-18ª, Goiânia, ano XIV, 2014.

CARVALHOSA, Modesto e LATORRACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *Perfis da empresa*. Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXV, n. 104, out.- dez., 1996.

_____. *Estado, empresa e função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 732, out., 1996.

_____. *A reforma da empresa*. Rio de Janeiro: Revista Forense, ano 81, vol. 290, abr.-jun., 1985.

_____. *Função social da propriedade dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro, ano XXV, n. 63, jul.-set., 1986.

44. Cf. REALE, Miguel. *Depoimento prestado à comissão especial do código civil na câmara dos deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Arquivo, Centro de Doc. e Inf., 05 /08/1975.

DELGADO, Mário Luiz. Pacto sucessório. Renúncia a direito concorrencial. Possibilidade. Inteligência do art. 426 do Código Civil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, vol. 43, 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Importância da função social da empresa*. Revista Jurídica, Curitiba, v. 2, n. 51, 2018.

_____. *Curso de direito civil brasileiro – direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE A., Regina. A responsabilidade social da empresa, breves considerações. *Revista do Instituto dos advogados de São Paulo*, ano 7, n. 13, jan.-jun., 2004.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A Comentada – vol. II*, artigos 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FABRETTI, Láudio Camargo. *Direito de empresa no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 190, pp. 54-60, out./dez., 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREZ, Viviane. *Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Depoimento prestado à Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Arquivo, Centro de Doc. e Inf., 06/08/1975.

REALE, Miguel. *Depoimento prestado à comissão especial do código civil na câmara dos deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Arquivo, Centro de Doc. e Inf., 05 /08/1975.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, vol. 810, abr., 2003.

**Considerações acerca da
relevância dos princípios jurídicos
nos processos de insolvência
transfronteiriça (*cross-border insolvency*) no
Direito brasileiro e no Direito português.**

*CONSIDERATIONS ABOUT THE RELEVANCE OF LEGAL
PRINCIPLES IN CROSS-BORDER INSOLVENCY PRO-
CEEDINGS IN BRAZILIAN AND PORTUGUESE LAW.*

José Anchieta da Silva

Mestre em Direito Comercial pela FDUFG.
Advogado.

Sumário

1. Introdução.
2. Inevitabilidade de um Direito interterritorial.
3. Considerações sobre a insolvência transfronteiriça.
4. Considerações sobre os princípios jurídicos, numa visão ampla.
5. Os princípios jurídicos relevantes no âmbito do Direito da Insolvência.
6. Algumas conclusões que se impõem.



Resumo

A transversalidade do Direito da insolvência é determinante quanto ao recurso aos princípios jurídicos gerais e àqueles que próprios do Direito da insolvência. Diante da impossibilidade de se cogitar de, numa disciplina única, se ter um Direito interterritorial da insolvência não há outro caminho. Esta conclusão faz do moderno Direito da insolvência um “Direito principiológico”. Os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil abrigam dispositivos que autorizam esta conclusão.

Palavras-chave: Direito da insolvência; Princípios jurídicos; Insolvência; Transfronteiriça.

Abstract

The transversality of the Law of Insolvency is decisive in terms of the use of general legal principles and those that are characteristic of the Law of Insolvency. Faced with the impossibility of considering, in a single discipline, having an inter-territorial insolvency law, there is no other way. This conclusion makes modern insolvency law a “principled law”. The legal systems of Portugal and Brazil contain provisions that authorize this conclusion.

Keywords: Insolvency law; Legal principles; Cross-border insolvency.

1. Introdução

O termo “globalização”, de utilização cada vez mais em voga, desperta, naturalmente, para a interterritorialidade das ações humanas e de seus efeitos. O verbete isoladamente considerado, pouco ou nada representa, sendo, todavia, indicativo em relação ao tema que por aqui será abordado. A globalização não corresponde a fenômeno recente. No pentateuco, conjunto dos cinco primeiros livros da bíblia sagrada, precisamente no livro do *Gênesis*, em seu capítulo 11, tem-se “[na] *Torre de Babel*, [a] *confusão das línguas e dispersão dos povos*. Nesse movimento de pessoas que não se entendiam (ou não se entendiam mais) está a senha localizadora da origem do que viria a ser globalização. Nômade e errante, conquistador e navegante, o ser humano foi estendendo os tentáculos de sua civilização mundo a fora, servindo-se da força de suas armas, da utilização de seus inventos, da força econômica de seu progresso, na imposição de seus valores culturais, religiosos, políticos, independentemente de qualquer delimitação territorial.

De fato, não seria razoável supor que o ser humano, dotado de inteligência e de poder de criação, gerador de tanto engenho e arte, não fosse tentado a levar a todos os lugares possíveis toda a arte de sua criação e, principalmente, não seria razoável que se limitasse a venda e compra de produtos (a partir do escambo) para além de sua primeira sede, de sua aldeia, de sua tribo, de sua nação. A mercancia nasceu fadada a ocupar todos os espaços, todos os portos, todos os mercados, sem qualquer compromisso com a ideia de territorialidade.

Na visão econômica do fenômeno, na globalização estaria uma afirmação triunfante de um capitalismo, cujas evidências aparecem nas empresas que se fizeram transnacionais, formalizadoras de políticas econômicas mundiais e na constituição de grandes blocos. Resulta dessa realidade nova e globalizadora, o

aparecimento de organismos, de corporações e de siglas supranacionais, cujos exemplos mais à mão são o Mercosul, o Nafta e a União Europeia.

No trato do tema, há uma questão preliminar a ser considerada, qual seja a confrontação da “ordem econômica” com a “ordem jurídica”. Não se trata de fenômenos distintos. A ordem econômica acaba sendo imposta pelos fatos, pelos fazeres diversos e pelos múltiplos interesses que a ação humana produz e exercita com a mais ampla liberdade criativa. Este conjunto de realizações necessita ser contido dentro de determinado arcabouço de regras e aí é que aparece, ora como regulador, ora como fomentador, ora como limitador, a “ordem jurídica”.

Na medida em que surgiram Estados e Nações, foram se organizando, dentro de cada país, os seus próprios sistemas jurídicos, sistema de normas, sua “ordem jurídica”, portanto e limitada sua eficácia, validade e cogência para dentro do território de cada país. Em termos amplos, se está a tratar do princípio basilar da autonomia dos povos. Daí a conclusão primeira de que a questão da interterritorialidade com os problemas dela derivados não é matéria nova, existente que é desde sempre. Quando se depara com a insolvência de um dos agentes de uma relação, para além das fronteiras de determinada ordem jurídica, de determinado território, tem-se uma questão que necessariamente há de ser enfrentada e resolvida. Entra em causa a necessidade de se recorrer a princípios orientadores das ordens jurídicas envolvidas na busca de soluções razoáveis para cada caso posto em concreto.

No âmbito do Direito da insolvência, o tema tem despertado vivo interesse, e os sistemas jurídicos de Portugal e do Brasil, em reformas recentes de sua legislação, cuidam do assunto.

2. Inevitabilidade de um Direito interterritorial

À partida, de se reconhecer as duas compreensões do Direito, sua intertemporalidade e sua territorialidade. Sob a óptica da intertemporalidade se tem o Direito na sua dimensão histórica, assentada no conjunto que

compõe o seu ordenamento e que se justifica pela sua aplicação ao longo do tempo, criando sedimentos que alimentarão a sua validade a partir de várias disciplinas, institutos ou instrumentos, dentre os quais a própria história, a estatística, a sociologia, a filosofia, validando, no contexto, a própria definição do que seja Direito, considerado este como uma ordem da sociedade.^[1] A ideia de intertemporalidade do Direito se contrapõe à ideia de Direito transitório, aquele que tem vigência dentro de determinado e limitado contexto. Tenha-se presente que o Direito é regido pelo próprio Direito, é ele o formulador de suas próprias normas. A intertemporalidade da lei abriga, por exemplo, os relevantes institutos dos direitos adquiridos que, em tese, não podem ser modificados, assim como o instituto da irretroatividade das leis, impedindo desmanches de realizações levadas a termo de acordo com as normas vigentes no seu tempo pondo a salvo os atos jurídicos perfeitos, o direito adquirido, a coisa (já) julgada.

Sob a ótica da interterritorialidade se tem o contraponto da territorialidade, isto é, a limitação territorial na aplicação do Direito positivo a ser reconhecido dentro de limites territoriais reconhecidos em função da autoridade da qual tenha emanado o conjunto de normas jurídicas aplicáveis a determinada ação. É nela que se reconhece a autonomia dos povos, princípio necessariamente universal. Nessa interterritorialidade está o núcleo duro do estudo que por aqui se propõe, exatamente porque se na territorialidade está definida a limitação geográfica, perímetro limitador da eficácia de determinada norma na solução de questões para além das fronteiras, no encontro de ordens jurídicas distintas, o Direito terá que propor soluções harmonizadoras de interesses, servindo-se, para além de leis aplicáveis, de convenções e de costumes adotados, de princípios

1. - A ordem jurídica não é um plexo de regras jurídicas. As leis não são relações concretas, ensinou Montesquieu em seu “Espírito das Leis”, lembra Telles Junior. O Direito não é um fenômeno da natureza porque é fenômeno humano assentado em três princípios fundamentais consagrados: viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não ofender aos outros. Na expressão de Bobbio, o Direito se caracterizaria por um mínimo ético-comportamental. ASCENSÃO, José de Oliveira, **O Direito – Introdução e Teoria Geral**, Editora Almedina, 13ª edição refundida, Coimbra, 2013, p. 100 e seguintes; HOMEM, António Pedros Barbas, **O Justo e o Injusto**, AADFL Editora, reimpressão, Lisboa, 2017, p. 9 e seguintes; LAMEGO, José, **A Teoria Pura do Direito de Kelsen**, AADFL Editora, Lisboa, 2019, p. 69; MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais**, Tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 6ª edição, 2015, p. 71 e seguintes; TELLES JUNIOR, Goffredo, **O Direito Quântico, ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**, Editora Max Limonad. Editor de Livros de Direito, (sem referência ao ano da edição), Biblioteca do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, São Paulo, p. 27; BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Editora Universidade Nacional de Brasília - UNB, Brasília, 10ª edição, 1999, p. 167; CÂNAL, Diana Regina, **Una Vision Pragmatica Del Derecho**, Editora Arrepar, Buenos Aires, 2011, p. 15 e seguintes.

aplicáveis que com mais acertos orientarão soluções aceitáveis. Esta, afinal, a missão (a finalidade) do Direito. A questão passa, por certo, no reconhecimento da receptividade ou não de cada princípio invocado pelas ordens jurídicas envolvidas. É nessa recepção que estará a chave para a busca de cada solução para cada questão examinada. Esta constatação limita a apreciação do tema em termos puramente teóricos, devendo, pois, cada caso concreto receber a sua própria abordagem, na sua singularidade, registre-se.

A questão de fundo a ser enfrentada, portanto, diz respeito ao Direito aplicável em sede de insolvência transfronteiriça, em face da interterritorialidade nela compreendida.^[2]

3. Considerações sobre a insolvência transfronteiriça

O Direito mercantil, numa visão geral, exatamente porque destinado a regular as ações do comércio, da indústria e dos serviços, desde sempre se viu compelido a enfrentar questões além das fronteiras nacionais de seus agentes, exatamente porque nem os comerciantes e nem o seu Direito, desde os tempos do Direito estatutário, tiveram compromisso com a territorialidade. As ações de comércio se davam com ênfase nos portos e nas fronteiras das cidades. No domínio do Direito da insolvência e, portanto, numa visão especial, o tema tem merecido atenção de organismos internacionais em face, exatamente, da interposição de interesses, deparando, a insolvência transfronteiriça, com ordens jurídicas distintas, com os conflitos próprios no que pertinente ao alcance de patrimônio distante, fora do abrigo de seu Direito nacional. Por insolvência transfronteiriça, de se entender a insolvência em relação à qual o patrimônio do devedor

2. - A interterritorialidade no instituto da insolvência guarda relação direta com a própria história do Direito mercantil estatutário. Expressão que se atribui a Thomas Jefferson chama a atenção para a verdade secundo a qual os comerciantes não têm pátria, fraseado que, com certa licença, foi estendido para a expressão também de uso comum e segundo a qual “o dinheiro não tem pátria”. Relevante para a atividade comercial será o lugar onde se darão os ganhos e, portanto, também as perdas. (*Marchants have no country. The more spot They stand on does not constitute so Strong at attachment as that from which They draw their gains*). MASON, Rosalind, Cross-Border insolvency Law: Wehe Private International Law and Insolvency Law Meet, International Insolvency Law, Themes and Perspective, Sussex Institute University of Sussex, UK, Markets and the Law, Routledge Taylor, Francis Group, London and New York, 2016, p. 27.

se encontre disperso por vários países ou que, por qualquer outra razão, possuam conexões com outros países.^[3]

Leciona DÁRIO MOURA VICENTE, chamando a atenção para a atualidade e relevância do tema, e demonstra que o problema se desdobra em vários outros, e os enuncia, fazendo-o em forma de perguntas: *a) Deve a insolvência internacional ter caráter universal, abrangendo a totalidade dos bens do devedor ou, antes, territorial, cingindo-se os seus efeitos aos bens sitos no país onde foi aberto o processo? b) Devem esses efeitos sujeitar-se à lex fori, isto é, a lei do Estado onde o processo foi aberto, ou antes, à Lex causae, ou seja, à lei reguladora dos bens e das relações jurídicas sobre os quais tais efeitos se projetam? c) Deve instituir-se para a insolvência internacional um estatuto único – uma única lei aplicável à totalidade dos seus efeitos – ou antes admitir-se quanto a ela uma pluralidade de leis aplicáveis?* Persegue-se, como se sabe, na insolvência, a apropriação do patrimônio do devedor para a satisfação de seus credores, que devem ser tratados com isonomia, com igualdade. Verifica-se, de pronto, a impossibilidade de se cogitar de um estatuto único, unindo os Estados para, num só texto, tratar da insolvência internacional. Os princípios basilares, na compreensão do problema são o princípio da unicidade, entendido este no sentido de que, contra cada devedor insolvente deveria, idealmente, ser instaurado um só processo, independentemente do lugar onde se encontrem os seus credores e os bens a serem arrecadados e o princípio da universalidade do processo, segundo o qual os efeitos de um processo de insolvência aberto em determinado local deveriam ser regidos por uma lei única a abranger a totalidade dos bens do devedor, qualquer que

3. - BRITO, Maria Helena, **Novo Direito da Insolvência (Falências Internacionais, Algumas Considerações a Propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)**, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial, 2005, p. 182-220. Da mesma autora, **Falências Internacionais**, separata, Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Editora Almedina, Lisboa, 2007, p. 631-632; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, **O Novo Regime dos Grupos de Sociedades no Regulamento Europeu sobre a Insolvência Transfronteiriça: Primeira Avaliação**, IV Congresso de Direito da Insolvência, obra coordenada por Catarina Serra, Editora Almedina, Coimbra, 2017, p. 203-212; FELSBURG, Thomas Benes FILHO, Paulo Fernando Campana, **A Recuperação Judicial de Sociedades Sediadas no Exterior: As lições da Experiência Estrangeira e os Desenvolvimentos no Brasil**, Dez Anos da Lei nº 11.102/2005, obra coordenada por Sheila Neder Cerezetti e Emmanuelle Urbano Maffioletti, Editora Almedina, São Paulo, 2015, p. 468-489; MOTA, Carlos Esplugues, **La Quiebra Internacional**, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, p. 29 e seguintes; VICENTE, Dário Moura, **Insolvência Internacional: Direito Aplicável**, (obra já citada, mas em fonte distinta) separata da Revista O Direito, volume IV, Editora Almedina, Lisboa, 2006, p. 793-804; GLOS BAND, Daniel, KELAKOS, George M., LIFLAND, Hon. Burton R., McEVOY, Josefina F., MELNIK, Selinda A., SEAMON, Scott K., SILVERMAN, Ronald J., **The American Bankruptcy Institute Guide to Cross-Border Insolvency in The United States**, American Bankruptcy Institute, Alexandria, VA 2234, 2008, www.abiworld.org; ROVILLON, Adolfo A. N. **Quiebra Internacional e Iniciativas Internacionales sobre insolvencia**, *La Insolvencia em El Derecho Concursal Iberoamericano*, obra coordenada por Lidia Vaiser, Editora Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 171; nessa mesma obra, RUIZ, Sergio G., **La Ley Modelo Uncitral sobre insolvencia transfronteiriça: ventajas de su incorporación al regimen concursal latino-americano** (em especial referencia al caso argentino), p. 186-227.

seja o país onde se situem. O problema estará, na base, na harmonização desses dois princípios (um só processo abrangente ou um processo localizado, mas cujos efeitos se projetassem, se irradiassem para além-fronteiras). Na impossibilidade de uma regulação única e na impossibilidade de um processo único passou a ser reconhecida a possibilidade (na verdade, o reconhecimento de uma realidade) de abertura de processos particulares, reconhecendo-se, no entanto, em face desses processos, estatutos especiais em relação a certas categorias de bens e no tocante a relações jurídicas sobre as quais o processo de insolvência inexoravelmente produza efeitos, desenhando-se a admissão de regra estrangeira em processos transfronteiriços.

A complexidade do problema leva à necessidade de identificação de interesses destacáveis e dentre eles, exemplificando: a) o dos credores que disponham de garantias reais sobre bens do devedor situados em países diferentes daquele onde terá sido instaurado o processo de insolvência, ou que tenham direito de adquirir direitos reais sobre bens imóveis do devedor, ou ainda, de utilizá-los, com a aplicação aos seus direitos, da lei do país onde os bens em causa se encontrem – *lex rei sitae*. Do que se nota, estará em causa o atributo da sequência, do direito de seguir o bem-objeto da garantia; b) o dos beneficiários de atos prejudiciais aos credores, que poderão ter confiado na validade desses atos segundo lei diversa daquela que vigore no Estado de abertura do processo; c) os interesses dos trabalhadores do insolvente, cuja proteção poderá também exigir a aplicação de normas próprias do âmbito desse Direito laboral (direitos especiais porque na base compreendem direitos alimentares), despertando, sempre, algum tratamento especial; d) os interesses dos pequenos credores da insolvência posta, na obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva para as suas pretensões, que poderá ficar comprometida caso esses credores, sistematicamente, tenham que reclamar seus créditos em tribunais estrangeiros. O Direito comercial moderno tem revelado preocupação com os chamados pequenos e microempresários, pelo que representam, em termos gerais, na ação do comércio, da indústria e dos serviços; e) por relevante, a segurança e a fluidez do tráfico jurídico, que parece recomendar a aplicação da *lex rei sitae* ou da lei do país de registro quanto à determinação

de validade dos atos celebrados pelo devedor após a abertura do processo de insolvência, com relação aos bens imóveis ou a esses equiparados, sujeitos a algum registro para aperfeiçoar tais garantias; f) por fim, a necessária reverência ao princípio da soberania nacional, que não pode ser olvidada, por meio da qual os efeitos de atos praticados no processo de insolvência que envolvam o exercício de poderes de coação deverão, na falta de acordo internacional, submeterem-se à soberania da ordem jurídica vigente no território do (outro) Estado, lugar onde o processo esteja a correr. Será relevante contornar as dificuldades postas, pois que de sua não superação resultará, para além de outros inconvenientes, no encarecimento de capitais disponíveis porque as instituições de crédito tendem a exigir regras de juros mais elevados para o financiamento de transações internacionais^{4]} na precificação do risco. A questão relevante, como um dado da realidade, está na constatação de que relações comerciais internacionalizadas, quando surpreendidas pelas crises de insolvência do devedor, trazem à tona problemas de créditos impagos e os seus devedores estarão fora da base territorial do devedor e, portanto, fora do alcance de um Direito interno aplicável.

Num plano prospectivo, PAULO CAMPANA e FRANCISCO SATIRO chamam a atenção para a regulamentação da Comunidade Europeia que o Direito português incorporou, com primazia sobre normas internas inclusive, sinalizando, acentuam, o que apontam para uma “comunitarização” do Direito internacional privado, de acordo com o Tratado de Amsterdã (1997), que tratava da matéria, por sinal, já objeto à época, de normativos no âmbito da União Europeia. O interesse regulador das insolvências transnacionais, todavia, ao que parece, vem de mais longe. O *Bankruptcy Reform Act* americano (1978) terá sido o gatilho mais importante no sentido de uma internacionalização do Direito da insolvência.^{5]} Atenta ao tema, MARIA HELENA BRITO, numa

4. - VICENTE, Moura Dário, **Insolvência internacional: Direito aplicável**, em *Direito Internacional Privado – Ensaios*, volume II, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 243-267.

5. - SATIRO, Francisco e, FILHO, Paulo Fernando Campana, **A Insolvência Transnacional: Para além da regulação estatal e na direção dos Acordos de Cooperação**, *Direito da Empresa em crise: Problemas e soluções*, obra coordenada por Paulo Fernando Campos Salles e Francisco Satiro, Editora Quartier Latin, www.quartierlin.art.br.br IBR – Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas, São Paulo, 2012, p. 119-140.

O esforço em escala internacional na busca de um razoável catálogo de normas uniformes ou uniformizadoras regulando aspectos importantes da insolvência tem sido, historicamente, significativo. Dentre as tentativas no sentido da aproximação das várias legislações, a UNCITRAL elaborou a sua *Model Law on Cross-Border Insolvency* (1977), resultando, mais tarde, no *Legislative Guide on Insolvency Law* (2004). Sob os auspícios do Conselho da Europa foi assinada em Istambul a *Convention Européenne sur Certains*

abordagem histórica, lembra que o desenvolvimento das relações comerciais entre diferentes ordenamentos e entre agentes econômicos localizados em diferentes países induziu àquilo que se poderia designar de internacionalização das empresas em dificuldades. É fenômeno que mais se revelou nos anos sessenta do século XX, afetando, especialmente, as instituições financeiras internacionais e está na origem de várias tentativas de aproximação ou de harmonização de um Direito internacional privado da falência, visando reduzir as disparidades próprias dos Direitos nacionalmente considerados. Algumas questões terminológicas adotadas em Portugal, tais como “novo Direito da insolvência”, eliminando-se o termo “falência”, adotando-se, em seu lugar, o vocábulo “insolvência” faria parte desse movimento. Nessa opção terminológica acabou-se por suprimir a dicotomia “falência” e “insolvência” possibilitando-se, numa nova configuração, a insolvência apenas como pressuposto objetivo único do processo também único.

São dois os critérios, como assinalados por MOURA VICENTE, que, na abordagem do tema serão reconhecidos. De um lado estará o critério norteador pelos princípios da territorialidade (territorialismo) e da universalidade

Aspects Internationaux de la Facilité (1990). Essa proposta, todavia, sequer entrou em vigor. Merece, ainda, menção, a “Convenção de Bruxelas” relativa aos processos de insolvência subscritos por Estados Membros da Comunidade Europeia que também não entrou em vigor por não ter sido assinada pelo Reino Unido (1995). Essa convenção, no entanto, terá sido útil na orientação que resultou no Regulamento (CE) 1346/2000, de 29 de maio. Esse regulamento determina a marcante ação de todos os ordenamentos jurídicos, no sentido de proteger as garantias reais em processos insolvenciais. Trata-se, no caso, de extraordinário esforço na proteção dos créditos garantidos. Esse regulamento (de 2000) sofreu modificações significativas com novo regulamento, perseguindo uma modernização da insolvência corporativa. No âmbito das Nações Unidas se produziu, ainda, a Lei Modelo sobre a insolvência transfronteiriça, aprovada pela CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, em 30 de maio de 1997, com a Resolução nº 52/158 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 15 de dezembro de 1997. Esse último diploma constitui texto de lei-tipo uniforme, com recomendação aos Estados signatários para a elaboração da respectiva legislação interna de insolvência. No seu preâmbulo se destacam seus propósitos e finalidades, quais sejam a de cooperação entre os tribunais e outras autoridades competentes envolvidos em insolvências transfronteiriças; propiciando maior certeza jurídica no comércio e investimentos; permitindo uma mais justa e mais eficiente administração insolvencial, de forma a proteger os credores, o devedor e outros interessados; e de resto, obter maior proteção e maximização do valor do patrimônio do devedor (evitando-se para os elementos ativos, a perda de valor) e nesse diapasão buscando promover cooperação de empresas em dificuldade financeira com proteção aos investimentos e aos empregos. Os trabalhos da UNCITRAL prosseguiram com o UNCITRAL’s Legislative Guide ou *Insolvency Law. (2013) Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency Comparative Legal Analysis of the Member States Relevant Provisions and Practices, Tender nº Just/2014/JCOO/PR/CIVI/0075*, University of Leeds, Justice and Consumers, written by CORNACK Gerard MC, DeAY, Andrew BROWN Sarah and DAHLGREEN, Judith, January, 2016, Justice and Consumers. Ainda sobre a *Model Law Dell’Uncitral*, PANZANI, Luciano di, L’insolvenza in Europa: Sguardo d’insieme, Forum Insolvenza e Crisi d’impresa, Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali, Mensile di Giurisprudenza e Dottrina, 10/2015, Wolters Kluwer, p. 1019-1020; MASON, obra citada, 2016, p. 28-57; SOVERAL MARTINS, em prefácio à obra **Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência**, Editora Almedina, Coimbra 2021, p.9-11; MONTELL, Galeazzo di L’antitesi tra Procedure Conservative e Procedure di Liquidazione ala Luce dela Commissione del 12 Março 2014, Forum Insolvenza e le Altre Giurisprudenza e Dottrina, 10/2015, Wolters Kluwer, 1039-1049; CEZARI, Patrizia de, Il Regolamento 2015/848 e Il Nuovo Approccio Europeo ala Crisi dell’impresa, Forum Insolvenza e Crisi d’impresa, IPSOA, II, Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali, Mensile di Giurisprudenza e Dottina, Wolters, Kluwer, 10/2015, p. 1026-1039; WESSELS, Bob, and BOER, Margreet B. de, The Dominance of Main Insolvency Regulation, International Insolvency Law, Themes and Perspective, Sussex Institute University of Sussex, UK, Markets and the Law Routledge Taylors and Francis Group, London and New York, 2016, p. 184-208; SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos e BECUE, Sabrina Maria Fadel, em **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**, Editora Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, São Paulo, 2021, p. 877-899; na mesma obra, CAMPANAA FILHO, Paulo Fernando, p. 901-965; ainda na mesma obra, MACIEL, RENATA MOTA, p. 967-979; HENRIQUES, Sérgio Coimbra, obra citada, 2021, p. 188 e seguintes. Tratando, em destaque, a iniciativa da UNCITRAL, FUENTEALBA, Patricio Valdés e PACHECO, Jorge Lagos, Derecho Concursal Chileno, Análisis de la Ley nº 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento, Editora Tirant lo Blanch – Manuales, Santiago, p. 2021, p. 61 e seguintes.

(universalismo). Do outro, o critério orientado pelos princípios da unidade (unicidade do processo) e da pluralidade (pluralidade do processo). Os defensores da territorialidade da insolvência apontam para a impossibilidade de se admitir, em âmbito internacional, uma insolvência que seja única e universal com reconhecimento de efeitos extraterritoriais. A insolvência constituiria, segundo esse critério, uma instituição de interesse necessariamente locais, nada obstante seus reflexos externos. Com isto se restringiria e se circunscreveria territorialmente a insolvência, o que implicaria, como consequência, admitir uma pluralidade de procedimentos concursais, com procedimentos paralelos sem que se comunicassem adequadamente uns com os outros, submetidos que estariam a regulamentos diferentes, dando lugar a resultados distintos, mas, sempre e exclusivamente, em termos territoriais.

De acordo com outro critério, assentado no princípio da pluralidade, o devedor poderá ficar sujeito aos efeitos da insolvência para além do território no qual ele próprio se encontre, designadamente quando os bens abrangidos se encontrem dispersos por dois ou mais Estados independentes.

Resta analisar se esses critérios seriam incompatíveis entre si. Parece que não, é o que se colhe do exame da doutrina. O princípio da pluralidade poderá ser compatibilizado com o da territorialidade, uma vez que poderá, eventualmente, existir coordenação entre os vários processos de insolvência existentes. Será necessário iniciar, tal empreitada, pelos que sejam seus pontos de contato, o que nem sempre será tarefa fácil.^[6]

6. - Numa visão mais ampla desses critérios e princípios, são vários os instrumentos e iniciativas (ou tentativas, posto que nem todas vingaram) no plano internacional (através de organismos internacionais) visando alguma organização ou consenso em torno de mecanismos no sentido de facilitar soluções para os conflitos no âmbito das empresas em crise principalmente. O compromisso ou a obrigação de renegociar já é amplamente utilizada nos contratos internacionais e está incluída dentre os Princípios do UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado), relativos aos contratos comerciais internacionais, previstos no seu regulamento desde a edição de 1994. Nos Princípios Fundamentais do Direito Europeu dos Contratos, de acordo com a *European Contract Law Commission* assim como no projeto preliminar do Código Europeu dos Contratos, está proposta uma disciplina da renegociação dos contratos e no *Research Group on Existing EC Private Law* se apresentou (em 2009), versão final revista do *Draft of a Common Frame of Reference DCFR*, proposto como modelo para um *Common Frame of Reference – CFR*. São instrumentos que, à margem do que seriam imperativos legais, cogitam de situações reais, como os motivos imprevisíveis na base da crise instalada, a desproporção manifesta de soluções invocáveis e a conhecida excessividade onerosa de disposições avançadas, resultantes daquilo que considerado como extremas vantagens, ou vantagens não razoáveis no mundo das atividades empresariais (em face de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis). MACHADO, José Manuel Gonçalves, **O dever de renegociar no âmbito pré-insolvencial**, Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 192 e seguintes; HOOLEY, Richard, *Commercial Consumer Law*, Butterworths, 2nd edition, London, 1999, p. 198; NANNI, Giovanni Ettore, **A Obrigação de Renegociar no Direito Contratual Brasileiro**, Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXII, junho de 2012, n° 116, p. 89 e seguintes; COSTA, José Augusto Fontoura e NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **As Cláusulas de Força Maior e de Hardship nos Contratos Internacionais**, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira, Nova Série, ano XXXIV, n° 97, janeiro-março, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 76-103; PAULO OLAVO CUNHA trata das fontes internacionais do Direito Comercial, chamando a atenção para o peso das convenções internacionais e para o Direito uniforme e, logo adiante, aborda o tema sob a perspectiva das

Ideal seria, em análise abstrata, abrir um só processo, em cujo processo viesse ser aplicada uma única lei abraçando todos os bens e todos os credores. Essa pretendida unicidade de processo (idealmente) pressuporá instaurado um só processo de insolvência, independentemente de os bens ou de os credores estarem dispersos por vários países. A universalidade, pretensiosamente pressupõe que os efeitos do processo de insolvência aberto em determinado país sejam regidos por uma única lei a abranger a totalidade dos bens do devedor, onde quer que esses possam se encontrar.

É preciso retomar às lições de MOURA VICENTE para assinalar que, como regra geral, o regime comunitário adota o princípio da insolvência universal. Para o efeito, o caráter universal do processo principal não seria prejudicado pela abertura de processos secundários, dada a sua consagração no Regulamento comunitário e suas regras que visam coordenar os demais processos com o primeiro. Lembra o autor, que o Regulamento consente a abertura de processos particulares de insolvência, no Estado-Membro de estabelecimento do devedor, antes da abertura do processo principal no país onde esteja localizado o centro de interesses do devedor, verificadas, todavia, duas condições quais sejam a de não ser possível abrir o processo principal em virtude das condições estabelecidas pela legislação do Estado do centro de interesses do devedor e ser a abertura desse processo principal requerida por um credor residente, domiciliado ou estabelecido no Estado-Membro onde se situe o estabelecimento do devedor. Curiosamente, a esses processos se tem chamado “territoriais”. Quanto ao Direito aplicável, no âmbito do Direito comunitário, aponta o mesmo autor para a visível preferência na aplicação da *lex fori concursus* cuja regra oferece satisfação aos principais interesses em jogo (a sua aplicação torna possível que todos os credores do insolvente fiquem sujeitos. Com a sua adoção, a satisfação de seus créditos fica submetida à mesma lei, o que estará conforme o interesse social da *par conditio creditorum*, consentâneo com os interesses da boa administração da justiça). O autor traz

chamadas especificidades dos contratos internacionais; abordando, adiante mais, os princípios UNIDROIT. Obra citada, 2010, p. 21 e seguintes; MORAIS ANTUNES, examinando o Tratamento normativo da causa do negócio jurídico também aborda os princípios UNIDROIT e os princípios de Direito europeu dos Contratos, **A Causa do Negócio Jurídico no Direito Civil**, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, Lisboa, p. 17 e seguintes; UNCITRAL's Legislative Guide of Insolvency Law, Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency Comparative Legal Analysis of the Member State Relevant Provision and Practices, tender n° Just/2014/JC00/PR/Civi/0075, University of Leeds, Justice and Consumers, Written by CORNACK, Gerald MC, KEAY, Andrew, BROWN, Sarah and DAHGREEN, Judith, January 2016; Justice and Consumers, CEZARI, Patrizia De di, Il Regolamento 2015/848 e Il Nuovo Approccio Europa Alla Crise dell'impresa. Forum Insolvenza e Crisi d'impresa, IPSOA, II, Fallimento e le altre Procedure Concorsuale, Mensile di giurisprudenza e Dottrina, Walters, Kluwer, 10/2015, p. 1026-1039.

a texto, a título de exemplo, o emblemático caso “Parmalat”, cuja insolvência, nada obstante a sua sede estatutária nos Países-Baixos, acabou nos tribunais italianos porque lá estava o centro de interesses principais da devedora.

Então, dessa figura identificada como “Centro de Interesses Principais – CIP (*Center of main interest*)” é necessário identificar os seus contornos conceituais. Assinala SÉRGIO RUIZ que a expressão (abreviadamente CIP’s) utilizada no campo das insolvências transfronteiriças se consagrou a partir dos Convênios de Istambul (1990) e de Bruxelas (1995), substituindo tradicionais pontos de conexão pessoal como o domicílio do devedor, na busca de maior efetividade, correção e presença na confrontação das informações nominais com a realidade. Esses chamados “Centros dos Interesses Principais do Devedor – CIP’s”, (na verdade, local onde o devedor exerça habitualmente a administração dos seus interesses, algo cognoscível por terceiros), não se confundirão (ou não se confundirão necessariamente) com o que seja estabelecimento. Sua utilização passou a ser de extraordinária utilidade quando da identificação da sede processual da ação de insolvência e seus equivalentes, nos efeitos da insolvência e nos procedimentos exigíveis em caso de insolvência transfronteiriça, aquela que alcança bens e interesses sediados em mais de um país, com ordenamentos distintos, portanto. O que se pretende com essa expressão é localizar, com certeza jurídica, o centro determinável e identificável das ações da empresa. O centro de interesses poderá situar-se num Estado-Membro no qual não existam bens do devedor, não sendo sequer necessário, para o efeito, que esses bens estejam situados também num Estado-Membro. Esse local poderá não coincidir com o local onde se situe a sede principal, estatutária, efetiva da administração. Por presunção se admitirá, para as sociedades organizadas, o seu centro dos interesses principais como o local da sede estatutária, presunção essa, por evidente, ilidível. A concepção do Centro de Interesses Principais veio estabelecer um confronto entre o “universalismo” nascido da Lei Modelo da UNCITRAL e o “territorialismo”, este sempre compreendido nas regras e princípios da vigência da lei no tempo e no espaço. A expressão, em sede de insolvência transfronteiriça, se oferece como facilitadora com o objetivo de se promover a coordenação dos diversos processos de insolvência das sociedades agrupadas que estejam presentes em mais de um Estado-membro. A existência desse mecanismo estará na admissão, ainda que não aparente, de que o conglomerado societário não devesse necessariamente se submeter a um único processo de insolvência. Tornou-se, assim, possível, de

um processo de insolvência nascerem vários outros processos, noutros Estados, mas, derivados daquele primeiro. Buscando o conceito do que seja Centro de Interesses Principais, SOVEVERAL MARTINS percorre o próprio texto do Regulamento com as traduções correspondentes, iniciando-se com a valorização que a versão em língua portuguesa dedica aos termos “habitualmente” e “habitual” para identificar os atos de valor orientadores que praticados a partir de um território, de um centro de decisões, as vezes melhor contextualizada nos outros idiomas, e transcreve, em inglês (*The centre of main interests shall be the place where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis which is ascertainable by third parties*) e em francês (*Le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers*). Devolve-se, o autor, aos considerandos do normativo comunitário dele recortando a questão da cognoscibilidade, lembrando que *se o centro dos interesses principais do devedor é cognoscível por terceiros, haverá que ter em especial consideração os credores e a sua percepção quanto ao local em que o devedor administra os seus interesses*. É isto mesmo. Os interlocutores no processo de insolvência (devedor, credores e autoridades do processo) necessitam ter a noção exata de quem seja o outro interlocutor (na doutrina se encontrará o que se denomina como obrigação ou dever fiduciário de interação entre esses atores). Nada obstante a adoção de uma regra geral, reconhecem, os autores que se dedicaram ao exame do tema, que várias hão de ser as exceções que se oferecem à adoção da *lex fori concursus*, sendo relevante reconhecer aquelas que derivadas, por exemplo, de regras de Direito Internacional Privado material, relativas a certas categorias de questões (regras pertinentes a direitos reais de credores ou de terceiros sobre bens); certas conexões especiais pelas quais se atribui competência a outras leis (que determinem submissão do caso à *lex causae*) e alguma conexão cumulativa que confira a certas leis função condicionante ou limitativa da produção de efeitos previstos noutra lei (os regimes especiais dos créditos laborais, por exemplo).¹⁷¹

7. - MOURA VICENTE, obra citada, 2010, p. 251 e seguintes; SOVEVERAL MARTINS, **Estudos de Direito da Insolvência**, Editora Almedina, Coimbra, 2018, p. 33 e seguintes; RUIZ, Sérgio G., *La Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvências transfronteiriças: ventajas de su incorporación al régimen concursal latino-americano (com especial referencia al caso argentino)*, *La Insolvencia em el Derecho Concursal Iberoamericano*, Editora AD-HOC, Buenos Aires, 2006, p. 185 e seguintes; FELSBURG, Thomas e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, **A Recuperação Judicial de Sociedades Sediadas no Exterior: as Lições da Experiência Estrangeira e o Desenvolvimento no Brasil. Dez Anos da Lei nº 11.101/2005**, obra coordenada por Sheila Neder Cerezetti e Emanuele Urbano Maffioletti, Editora Almedina, São Paulo, 2015, p. 474-479; XAVIER, Celso Caldas Martins, **Análise Crítica da Regra de Fixação da Competência na Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005)**, *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas – IBR, Editora Quartier Latin, www.quartierlin.art.br, 2012 (tratando especialmente do estabelecimento dito principal), p. 54 e seguintes.

No tratamento da insolvência no âmbito internacional, transfronteiriço, também a lei brasileira na sua última reforma avançou de maneira original (na medida em que nunca a lei brasileira tratara do tema), trazendo atribuições novas para o administrador judicial da insolvência, dentre elas a de fornecer e de partilhar informações, a de representar e a de participar de atos, processuais inclusive. A motivação para essas modificações são as mesmas que levaram a legislação de Portugal a promover avanços, cujos resultados práticos ainda não se fizeram sentir, pela novidade que representam.^[8]

O ordenamento jurídico de Portugal é expresso em se recomendar nos normativos emanados da União Europeia (um Direito Europeu da insolvência), fazendo-o pelo processo da recepção, inserindo no seu ordenamento as normas ditadas pela União. Isto, por sinal, tem sido a tendência, no âmbito da União Europeia e no âmbito dos demais ordenamentos.

4. Considerações sobre os princípios, numa visão ampla

Os princípios jurídicos são grandes orientações da ordem positiva. Princípios não são regras. Os princípios iluminam a ordem jurídica que, por sua vez, não se confunde com um amontoado casual de elementos. Repetindo o que autorizados pensadores já disseram, a lei não contém todo o Direito. Ficou célebre a afirmação de Raimond Saleilles, prefaciando obra de François Geny (1899), a dizer que todo intérprete deve ir além da lei, mas através da lei: *au-delà de la loi, mais pour la loi*^[9]. Em ensaio sobre a interpretação e aplicação

8. - SALLES DE TOLEDO e SABRINA BECUE, obra citada, 2021, p. 877 e seguintes e, da mesma obra, CAMPANA FILHO, p. 901 e seguintes; BEZERRA Filho, Manoel Justino, **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**, Editora Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 16ª Edição, São Paulo, 2022, p. 580 e seguintes; SACRAMONE, Marcelo Barbosa, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, Editora Saraiva, 3ª Edição, São Paulo, 2022, p. 639 e seguintes; SILVA, José Anchieta da, **O Administrador Judicial (o Órgão) na Recuperação Judicial e na Falência**, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2021, p. 27-28, (em nota de rodapé): *...quanto às insolvências transnacionais, o §2º do artigo 167-A reza que, sobre as medidas de assistência aos processos estrangeiros solicitadas pelo representante estrangeiro, pela autoridade estrangeira ou pelo juízo brasileiro poderão ser deferidas pelo juiz competente ou promovidas diretamente pelo administrador judicial, com imediata comunicação nos autos; o artigo 167-E autoriza o administrador judicial brasileiro atuar em outros países, quando da falência ou equivalente, independentemente de decisão judicial, na qualidade de representante do processo brasileiro, desde que autorizada pela legislação do país em que tramitam os processos, podendo, o juiz, em caso de omissão, indicar terceiros para o mister; o artigo 167-G, conferindo aos credores estrangeiros os mesmos direitos conferidos aos credores nacionais afirma em seu §1º, inciso II, que o crédito do representante estrangeiro será aqui equiparado ao do administrador judicial; sobre a cooperação com autoridades e representantes estrangeiros, o artigo 167-P e seus §§ 2º e 3º determinam que o juiz deverá cooperar diretamente e por meio do administrador judicial, na máxima extensão possível, com as autoridades estrangeiras ou com representantes estrangeiros.*

9. - COSTA, Dilvanir José da, **Curso de Hermenêutica Jurídica**, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2005, p. 2 e seguintes.

das normas jurídicas, escreveu THEODORO JUNIOR, também numa síntese de afirmações colhidas de vários pensadores: *Direito é norma; norma é linguagem; linguagem é símbolo; símbolos não são precisos e unívocos; exigem interpretação antes de serem traduzidos e aplicados aos fatos concretos sobre os quais a norma tem de ser aplicada.* ^[10] Os princípios conferem travejamento básico aos ordenamentos. Os princípios o são de toda (ou para toda) a ordem jurídica. Alguns princípios exprimem, por si mesmos, a própria ordem natural, contendo orientações que se desprendem não apenas de textos legais, mas, da própria ordem jurídica. Ensina CANÇADO TRINDADE que os princípios gerais do Direito se incluem no rol das fontes formais do Direito. ^[11]

Não é fácil adotar uma definição de princípios. Cada autor tem a sua própria, distinguindo-os em função de disposições escritas, de valores, preenchendo-os na medida da necessidade para se atingir os objetivos em causa. Na percepção de PAULA FORGIONI, a doutrina comercialista se vale da expressão “princípios jurídicos” no sentido de vetores ou linhas diretrizes da ordem mercantil. Como testemunho dessa afirmação, é exatamente o que se dá na área do Direito da insolvência, muito bem sintetizado em prestigiado texto de MAHESH UTTAMCHANDANI e ANDRES F. MARTINEZ e ANTONIA MENEZES, tratando como princípios ações ou iniciativas que o processo de insolvência reclama dos atores envolvidos. ^[12]

10. - THEODORO JUNIOR, Humberto, **Interpretação e Aplicação das Normas Jurídicas**, Revista de Processo, edição RePro 150, Belo Horizonte, 2007, p. 13.

11. - TRINDADE, António Augusto Cançado, **Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça**, Editora Del Rey, 3ª edição ampliada e atualizada, 2019, p. 48 e 121; Da lição de MENEZES CORDEIRO se recolhe, em preciosa síntese que *os princípios verdadeiramente comerciais, dada a natureza fragmentária deste ramo do Direito, serão raros e difíceis de distinguir dos princípios civis*. E arremata: *existe, no recurso a princípios comerciais, como na própria hipótese de analogia, sempre uma sindicância do Direito subsidiário: o Direito civil*. CORDEIRO, António Menezes, **Direito Comercial**, Editora Almedina, Coimbra, 3ª edição, revista, atualizada e aumentada, 2012, p. 231. Do mesmo autor, tratando dos princípios comuns às obrigações, **Tratado de Direito Civil - X - Direito das Obrigações – Garantias**, Editora Almedina, Coimbra, 2005, p. 155 e seguintes.

12. - Escrevendo sobre *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* e dissertando, exatamente, sobre a flexibilidade dos princípios na sua aplicação no âmbito da insolvência, colocando o acento tónico nas consideradas boas práticas internacionalmente aceites, os autores recomendam para cada sistema de insolvência a adoção de regras ou comportamentos, numa espécie de orientação geral, fazendo-o em onze pontos: (i) suas normas devem estar integradas ao sistema jurídico do país [integração interna do sistema]; (ii) deve maximizar os valores dos ativos da empresa em função de sua recuperação, no interesse dos credores; (iii) deve proporcionar a liquidação eficiente tanto em relação aos negócios inviáveis quanto em relação aos negócios cuja liquidação provavelmente produzirá razoável retorno para os credores, o mesmo se dando na reorganização dos negócios viáveis; (iv) deve buscar equilíbrio cuidadoso entre liquidação e organização [ou reorganização], permitindo a mais fácil conversão de um processo em outro [de recuperação para liquidação e vice-versa]; (v) deve providenciar tratamento equitativo aos credores em situações semelhantes, incluindo-se os credores estrangeiros e nacionais em situações semelhantes [sem distinção em face da nacionalidade]; (vi) deve providenciar a resolução oportuna, eficiente e imparcial da insolvência; (vii) deve prevenir o uso indevido do sistema de insolvência [não distanciamento dos propósitos que próprios do processo de insolvência]; (viii) deve impedir desmembramento prematuro dos ativos de um devedor por credores individuais em busca de julgamentos mais céleres [preservação de valores]; (ix) devem fornecer procedimentos mais transparentes que contenham e apliquem, com consistência, regras claras de alocação de risco

Na arguta percepção de HUMBERTO ÁVILA, não se pode atribuir prevalência de princípios sobre regras porque são as regras que têm a função precisa de resolver conflitos.^[13] Os princípios desempenham papel prático, na medida em que permitam ordenar matérias, pondo em relevo lacunas e contradições que necessitem ser corrigidas. Atuam, os princípios, no domínio da concretização de conceitos determinados e são úteis no exercício da sua interpretação. As regras são, com efeito, concreções de princípios.^[14] Doutrina ULHOA COELHO que *O novo Direito Comercial nasce da identificação, exame e difusão dos seus princípios*. Não havendo hierarquia entre princípios de um lado e regras de outro, um princípio só será hierarquicamente superior a determinada regra se tiver sido enunciado por norma de categoria mais elevada. Os princípios auxiliam na interpretação das normas jurídicas suprindo-lhes lacunas, mas não as substituem e nem podem fazê-lo no sentido de afastar sua aplicação. Para o nomeado autor, os princípios de Direito Comercial podem ser classificados segundo três critérios, considerando-os em face da hierarquia, da abrangência ou

e incentivos para coleta e distribuição de informações; (x) devem reconhecer os direitos de cada credor, respeitando-se as regras de prioridade, propiciando as reclamações cabíveis, com processos previsíveis e regras pré-estabelecidas e (xi) devem estabelecer estrutura para insolvências transfronteiriças com reconhecimento de processos estrangeiros (tradução livre). UTTAMCHANDANI, Mahesh, MARTINEZ, Andres F, MENEZES, Antonia, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, World Bank Group, International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, www.worldbank.org, 2021.

13. - FORGIONI, Paula A., **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da Mercancia ao Mercado**, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo, p. 2016, p. 144; ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Malheiros Editores, 5ª edição, São Paulo, 2006, p. 26. Do mesmo autor, “**Neonstitucionalismo**”: Entre a “**Ciência do Direito**” e o “**Direito da Ciência**”, em *DireitoEstado.com.br*. O Direito Público da Cidadania, número 17 – janeiro/fevereiro/março – ISSN 1981-187X, Salvador, 2009, p. 2-15; MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, Preliminares – O Estado e os Sistemas Constitucionais, Coimbra Editora, 5ª edição, Coimbra, 1996, p. 400; HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental da Constituição**”, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio António Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, p. 15; CANALES, César Ayala, La Protección del Patrimonio del Concursado, Tirant Lo blanch Editora, Valência, 2017, p. 278 e seguintes, tratando, em especial dos princípios gerais do Direito das Obrigações; PINTO, Rui, **Direito da Insolvência**, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 279 e seguintes, tratando especialmente do chamado princípio da empresa em funcionamento e princípio da empresa em liquidação no CIRE; MEIRA, André Augusto Malcher e SOUZA, Bruno Menezes Coelho da, **Os Princípios Legais e Constitucionais da Recuperação de Empresa**, em *O Direito e a Advocacia – Novos Tempos*, Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, Editora IASP, São Paulo, 2021, p. 309-324.

14. - ALEXY, Robert, **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**, Editora Forense, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2011, p. 9 e seguintes; GEBRAN NETO, João Pedro, **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A busca de uma exegese emancipatória**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 93 e 130; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Princípios: entre a Sabedoria e o Aprendizado**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume LXXXII, 2006, p. 2-13. Do mesmo autor, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Editora Almedina, 7ª edição, 20ª reimpressão, Coimbra, 2019, p. 1160-1255; GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, **Função Social do Contrato e Contrato Social** – Análise da Crise Econômica, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 69 e seguintes; LAMEGO, obra citada, 2019, p. 50; ÁVILA, obra citada, 2006, p. 103-118; GRAU, Eros Roberto, **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**, Revista dos Tribunais, 1988, São Paulo, p. 83-84; JUSTO, A. Santos, **Direito Privado Romano I – Parte Geral, Introdução e Relação Jurídica – Defesa dos Direitos**, *Studia Iuridica*, nº 50, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 6ª edição, 2017, p. 76-77; SOARES, Tereza Luso, **Textos de Direito Romano**, AAFDL Editora, Lisboa, 1987, p. 8 e seguintes e p. 65 e seguintes; MARTINEZ, Pedro Soares, **Ensaio de um Curso Básico de História do Direito Peninsular, Romano e Português**, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, p. 26; GELLA, Agustín Vicente y, **Curso de Derecho Mercantil Comparado**, Tomo Primero, Segunda Edición, Tipografía La Academica, Zaragoza, 1948, p. 79 e seguintes.

da positivação. Segundo a hierarquia, os princípios podem ser constitucionais ou legais. O primeiro tem sua sede nos textos constitucionais e os legais encontram-se na legislação infraconstitucional. Segundo o critério da abrangência, os princípios podem ser gerais e especiais. Gerais, aqueles que aplicáveis a todas as relações jurídicas regidas pelo Direito Comercial. Especiais, aqueles que destinados à disciplina de relações regidas por desdobramentos dentro da própria disciplina. Na categoria dos princípios especiais estarão aqueles que se referem apenas a determinados setores do Direito. Os princípios, em função da positivação, são explícitos porque diretos ou positivados, ou implícitos porque indiretos. São explícitos os princípios enunciados expressamente pelo constituinte ou pelo legislador. São implícitos os enunciados pelo julgador ou pelo doutrinador à base de conclusão interpretativa dos dispositivos vigentes. O princípio da função social da empresa, por exemplo, em que pese sua sede constitucional é implícito, entregue que está à interpretação.^[15]

Chama a atenção CARLOS OLAVO CUNHA para a necessidade de se analisar os atos de comércio com cuidado, pois que reclamam, em regra, interpretação extensiva, despertando-se para outra peculiaridade da ação empresarial, qual seja a da verificação de constantes lacunas legais em relação ao tema e nesta senda se observará uma espécie de mais valia dos princípios, vários, em situações também várias, tendo em vista a diversidade das crises da empresa, sua origem, suas causas, suas singularidades enfim.^[16] A invocação dos princípios estará na base, de qualquer solução a ser perseguida, como fundamento da argumentação interpretativa dos fatos e suas circunstâncias. Tenha-se presente que nenhuma lei pode ter a pretensão de ser uma espécie “contempla tudo”.

São vários os princípios no âmbito do Direito comercial em geral. Alguns, por especiais, são particularmente relevantes no âmbito do Direito

15. - COELHO, Fábio Ulhoa, **Princípios do Direito Comercial – Com anotações ao projeto de Código Comercial**, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 13-26.

16. - ASCENSÃO, obra citada, 2013. O seu discurso adverte que a existência da lacuna não deve ser vista como uma fatalidade, p. 100 e seguintes e 433; BOBBIO, obra citada, 1999, p. 154; KELSEN, Hans, *Teoría Pura Del Derecho*, Editora Eudebra, 3ª edição, Buenos Aires, 2016, p. 129; CUNHA, Paulo Olavo, **Lições de Direito Comercial**, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 39 e 48; VIEIRA, José Alberto, **Negócio Jurídico, Anotações ao regime do Código Civil**, AADFL Editora, Reimpressão, Lisboa, 2019, p. 40 e 113; DUARTE, Rui Pinto, **A Interpretação dos Contratos**, Editora Almedina, Coimbra, 2017, p. 9; CUTILAS, Daniel Prates, *Las Fuentes Del Derecho. Tratado y Manuales. Marco Jurídico de La Empresa*, Editora Civitas, Thomson Reuters, 2ª edición, Navarra-Pamplona, 2013, p. 25-56.

da insolvência. Dentre esses se destacam: o da “função social da empresa” e o da “responsabilidade patrimonial”, que praticamente se confundem, em termos práticos, com o próprio instituto da preservação ou da recuperação da empresa e assim deverão ser estudados.

Observe-se que alguns princípios se submetem a outros que lhes são maiores, e vários deles se confundem ou se superpõem.

5. Os princípios jurídicos relevantes no âmbito do Direito da insolvência

Para além dos princípios tratados nos tópicos anteriores e que, de modo ínsito pertencem ao tema tratado, cuidando da questão de foro ou, mais amplamente, da questão da jurisdição, vários outros princípios jurídicos necessitam ser visitados.

O Direito da insolvência, antigo embora, como disciplina jurídica é razoavelmente recente, na sua conformação atual (valorizando o viés da recuperação da empresa existente na massa insolvente inclusive). Sua construção se deu pelo ajuntamento e aprimoramento de institutos clássicos do Direito, vindos de outras disciplinas. Estará em causa a transversalidade do Direito da insolvência; seu viés ecumênico, dialogal. Na amarração de suas normas, de suas regras, esse Direito se assenta e invoca princípios que nele se consagraram, dele fazendo o que se pode dizer um “Direito principiológico”. Considere-se que cada crise (cada insolvência) tem sua dose de originalidade. Será na invocação dos princípios que se encontrará a base para as soluções propostas, no preenchimento de lacunas e na interpretação de situações inesperadas.

5.1. Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é reconhecida como um instituto jurídico geral, presente em todas as relações jurídicas, como um vetor transversal, perpassando todas as áreas das relações humanas. É princípio que dá corpo a um modo integrado

de funcionamento do Direito enquanto ciência. Nele se tem um modelo de conduta social como regra. Sua característica está na atuação das pessoas, pautada por padrões sociais de honestidade e de correção, não frustrando a confiança dos demais. A boa-fé exigirá das partes, numa relação contratual, um comportamento reto, honesto, leal na direção daquilo que pactuado. A boa-fé terá se desenvolvido a partir de uma reconhecida “equidade natural”, como filha da justiça, numa integração da ética e da justa causa.^[17] Tratando-se de princípio geral, tem-se nele um princípio orientador de vários outros.

O princípio da boa-fé objetiva acompanha a realização de todos os atos da vida civil, na sua concepção e nos seus efeitos. Quanto à sua aplicação no Direito da crise, observe-se, está compreendido certo dever de renegociação entre o devedor e seus credores, e se traduz em regra de cunho comportamental, integrando as relações no campo obrigacional. Fere o âmago da questão, GONÇALVES MACHADO ao invocar outro princípio, o da autonomia da vontade negocial concertado com uma boa-fé na condução de renegociações, o que é próprio da lida empresarial.^[18] A boa-fé é de cariz marcadamente ético.

Os Códigos Civis brasileiros, o velho (1916) e o novo (2012), explícita e implicitamente, invocam inúmeras vezes esse princípio, o mesmo ocorrendo com o Código da França. O Código brasileiro vigente, em norma expressa^[19]

17. - CORDEIRO, António Menezes, **O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação econômica difícil”**, II Congresso de Direito da Insolvência, obra coordenada por Catarina Serra, Editora Almedina, Coimbra, 2014, p. 11. Do mesmo autor, **Direito Comercial**, Editora Almedina, 3ª edição, Coimbra, 2012, p. 251 e seguintes e p. 441 e seguintes; BARRETO M. CORDEIRO, António, **Do Trust no Direito Civil**, Editora Almedina, Coimbra, 2017 – reimpressão, p. 519 e seguintes; PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Enciclopédia Saraiva do Direito**, Editora Saraiva, São Paulo, 1978, volume 11 (verbetes), p. 486; GALGANO, Francesco, **Il Negozio Giuridico**, Editora Multa Paucis AG, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 499 e seguintes, tratando da boa-fé e do abuso de direito; OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro, **A Boa-fé Objetiva como conservação da finalidade econômica do contrato**, obra coordenada por Arnaldo Wald e Rodrigo da Fonseca Garcia, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005, p. 405-509; GOMES, Rogério Zuel, **Teoria Contratual Contemporânea, Função Social do Contrato e Boa-Fé**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 117 e seguintes; CUNHA, Paulo Olavo, obra citada, 2010, p. 30, estabelecendo conexão entre a segurança e a boa-fé. Do mesmo autor, **Lições de Direito Comercial**, Editora Almedina, Coimbra, 2021, p. 30; MARTINEZ, Pedro Romano, **Direito das Obrigações, Programa 2017/2018, Apontamentos**, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 27; SETTE, André Luiz Menezes, **Direito dos Contratos – seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002**, Mandamentos Editora, 2ª edição, São Paulo, 2007, p. 113; CUNHA, Mariza Vaz, **Garantia Patrimonial e Prejudicialidade – Um estudo sobre a resolução em benefício da massa**, Editora Almedina, Coimbra, 2017, p. 216 e seguintes, em estudo do contraponto, a má-fé; GRANEL, Victor Bastante, **El “Deudor de Buena Fe” en La Ley de Segunda Oportunidad**, Editora Comares, Granada, 2016, p. 47 e seguintes e 131 e seguintes; CUNHA, Paulo Olavo, **Lições de Direito Comercial**, Editora Almedina, Coimbra, 2021, p. 30.

18. - MACHADO, José Manuel Gonçalves, **O Dever de Renegociar no âmbito Pré-insolvencial – Estudo Comparativo sobre os Principais Mecanismos de Recuperação de Empresas**, Editora Almedina, Coimbra, 2017, p. 176 e seguintes. Chama ainda atenção para a relevância do princípio como argumento para afastar situações contratuais objetivamente injustas. Mesma obra, p. 284.

19. - Assim se expressa o Código Civil brasileiro em seu artigo 476. *Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*

incorpora o princípio da boa-fé objetiva como elemento obrigatório nos contratos. Trata-se de exemplo claro em que o princípio se faz norma. Em Portugal, o Código Civil consagra, em vários de seus dispositivos, o princípio da boa-fé. Na lição atribuível a René Demongue, a boa-fé se traduz no interesse social de segurança das relações jurídicas.

O princípio da boa-fé está presente nas relações humanas desde o Direito romano, criando deveres positivos no sentido de se exigir das partes o necessário esforço no cumprimento daquilo que efetivamente ajustado, ou naquilo que se espera do outro, dentro de uma conformidade de ações e de comportamento. A boa-fé é exigível na interpretação de regras contratuais como uma espécie de orientação geral, como dever de correção, de cuidado e de segurança nas relações, na cooperação entre partes, no uso correto da publicidade ou do sigilo do ato, na prestação de contas na forma devida. A boa-fé veda condutas contraditórias (censurando o que seria um *venire contra factum proprium*), fora daquelas que exigíveis diante dos pactos ou das cláusulas assentadas.^[20] A boa-fé reprime comportamentos que violem princípios maiores como o da dignidade das relações humanas e o super princípio da justiça. No trato das questões repletas de singularidades, no âmbito da *cross-border insolvency* não se prescindirá da boa-fé de cada um dos envolvidos em medidas e instâncias próprias.

5.2. Princípio da autonomia da vontade

A força motriz que movimenta e dá vida à autonomia da vontade está na denominada “livre-iniciativa”, na “liberdade de comércio e de indústria”, na “liberdade econômica” ou “liberdade de iniciativa econômica”. Essa livre-iniciativa alimenta a chamada “livre-concorrência”, para cuja compreensão se resgata afirmação atribuída a Jhering segundo a qual na concorrência se tem o *regulador espontâneo do egoísmo*. O princípio da autonomia da vontade se particulariza na liberdade de contratar. É princípio orientador das relações contratuais e corresponde à ideia do consensualismo, da obediência, conectado

20. - BARRETO CORDEIRO, António M., *Direito Inglês dos Contratos I*, AAFD Editora, Lisboa, 2017, p. 777.

com o da boa-fé objetiva. O contrato, assentado na autonomia da vontade livre das partes, há de ser considerado como fonte legítima de seu próprio Direito. O contrato é uma *lex privata*. A autonomia da vontade se apresenta como princípio geral, em si abrangendo vários outros, dentre os quais o do livre arbítrio que, n'alguma medida, com ele se confunde.^[21]

Dedicando-se ao exame da contratação internacional GRANDINO RODAS sustenta que, na autonomia da vontade está o fundamento a partir do qual poderão as partes eleger as leis que regularão a contratação de seu interesse, identificando-se, no princípio, um Direito particular daquela “vontade individual”.^[22] Trata-se de constatação relevante no âmbito da insolvência transfronteiriça. O princípio da autonomia da vontade corresponde, então, ao poder que se confere aos contraentes na formação de um vínculo obrigacional, subjugados às leis apenas com a finalidade de se não contrariar o interesse geral, estabelecendo-se como limite dessa liberdade contratual a chamada “ordem pública”^[23] e os bons costumes.

Não pode ficar sem registro, portanto, e disso dá conta a doutrina, a constatação de uma certa relativização desse princípio, em face de sua inadequação para várias situações nesses tempos modernos, valorizando-se

21. - O “livre arbítrio” corresponde à faculdade humana de *escolher ou de não escolher um ato*. A vontade é sua causa primeira, desvinculada de qualquer causa ou motivo anterior, uma causa que dispõe de si. É obra referência sobre o assunto *De Libero arbitrio* de Santo Agostinho. A verdadeira liberdade ou livre-arbítrio é a que se revela com a consciência individual e social, em que o homem se sente livre antes e depois da ação. JUNIOR, José Cretella e MACEDO, Sílvio de, Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete, Editora Saraiva, volume 50, 1980, p. 264-266.

22. - RODAS, João Grandino, **Contratos Internacionais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 41; COSTA, Mariana Fontes da, **Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção**, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 27 e seguintes, abordando a autonomia da vontade e a liberdade de não negociar.

23. - Sempre que o discurso jurídico fizer uso da expressão “ordem pública” é preciso alguma cautela, pois que se trata de evocação de aceção necessariamente aberta. A noção de “ordem pública” aparece no medievo, no século XII, no sentido de se invocar perante o magistrado, diante de regras costumeiramente aplicáveis, a adoção de outras regras que lhe fossem superiores (*quae potior et utilior vedetur*). Dizia respeito, a arguição, da aplicação ou não de regras da cidade, todavia, fora da cidade (uma extraterritorialidade em concreto). Na França se desenvolveu doutrina considerando a “ordem pública” uma exceção à regra de conflito. Em Portugal, com a “Lei da Boa Razão” (Lei de 18 de agosto de 1769), o soberano D. José, determinava que, na impossibilidade de adoção de um sistema que orientasse as decisões em seu extenso reino (Portugal, Algarves e, além-mar, as possessões na África, o comércio da Etiópia, Arábia, Pérsia e Índia), se aplicasse às questões do reino, as leis dos povos civilizados, na medida do que coubesse. Normas de “ordem pública”, portanto, não de ser aquelas que estabelecem princípios cuja manutenção se considere indispensável à organização da vida social segundo os preceitos de Direito. Enquadram-se na categoria as regras que se refiram às bases econômicas ou políticas da vida social, aquelas de organização e utilização da propriedade, de proteção à personalidade, exemplificativamente. BAPTISTA, Luiz Olavo, **Contratos Internacionais**, Editora LEXMAGISTER, Comissão de Direito e Mundialização da OAB/SP, São Paulo, 2011, p. 95; FOUTO, Ana Caldeira, NUNES, Filipe Arede, ROCHA, Francisco Rodrigues, SANTOS, Jorge Silveira, SEIXAS, Margarida, BRIGAS, Miriam Afonso, **Textos de História do Direito**, AADFL Editora, Lisboa, 2018, p. 109 e seguintes.

o interesse coletivo em relação aos interesses individuais. Esta relativização, no entanto, é insuficiente para lhe diminuir a relevância.^[24]

No tema abordado, o princípio da autonomia da vontade tem particular relevância porque é a partir dele que se descortinarão soluções advindas de transações, perdões, repactuações, renúncias as mais diversas, por ato livre de vontade das partes.

5.3. Princípio da equivalência, da isonomia ou da igualdade

A igualdade de todos corresponde a um valor de referência da pessoa humana e terá sido a maior das proclamações consagradas com a Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) estando inserida, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sua síntese está na conferência de tratamento igual para os que sejam iguais, sem distinção. Essa igualdade, todavia, não há de ser igualdade absoluta, sendo relevante para a sua inteligência ter presente que quando se fala em igualdade se fala em igualdade entre os que sejam iguais.^[25] Admitem-se, desde logo, diferenciações justificadas por razões de ordem objetiva, na medida em que se constatem desigualdades.

No âmbito do Direito da insolvência, a igualdade é princípio fundante e estará em relevo no tratamento dispensado aos credores, reclamando respeito àquela *par conditio creditorum*, exatamente o tratamento isonômico aos

24. - O art. 405 do Código Civil português, consagra a liberdade de contratar: *1 - Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2 - As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.*

BIONDI, Mario, INSAUSTI, A. Eduardo, STRIGLIO Amílcar, Derecho Comercial, Balmes, 3ª edición, Buenos Aires, 1951, p. 88; COSTA, Mariano Fontes da, **Ruptura de Negociações Précontratuais e Cartas de Intenção**, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 27 e seguintes; LÓBO, Pedro Luiz Nieto, **O Contrato, Exigências e Concepções Atuais**, Editora Saraiva, 1986, p. 29 e seguintes; SILVA, José Anchieta da Silva, **O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica – Esperado Encontro Marcado**, Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Brasileiro, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2020, p. 57-85; CARVALHO, Orlando, **Direito das Empresas**, obra coordenada por Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 210; MARTINEZ, Inmaculada Herbosa, **El Derecho Patrimonial**, Thomson Reuters, Editora Civitas, 2ª edição, Navarra-Pamplona, 2013, p. 101 e seguintes; LEITÃO, Adelaide Menezes, **Direito da Insolvência**, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 72.

25. - Na memorável oração, em discurso na Faculdade de Direito de São Paulo, como paraninfo dos bacharelados de 1920, em solenidade de 29 de março de 1921, publicado no jornal "O Estado de São Paulo" edição de 30/31 de março de 1921, o inolvidável Rui Barbosa exortou, a respeito, os seus paraninfados ensinado que: *a regra da igualdade não consiste senão em aquilobar desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdades flagrantes, e não igualdade real.* BARBOSA, Rui, **Discursos, orações e conferências**. Livraria Editora Iracema, Divulgadora de Obras Culturais, Tomo III, São Paulo, 4ª edição, 1972, p. 401-447.

credores de uma mesma categoria, de um mesmo estado diante do conjunto de credores. Segundo CANOTILHO o princípio da igualdade guarda conexão com o princípio constitucional da democracia econômica e social. Para Jaeger na *par conditio creditorum* estaria uma justiça distributiva, principalmente se o for no sentido de uma distribuição equânime das perdas. Aristóteles a considerava uma primeira espécie de justiça. A doutrina alemã reconhece na *par conditio* uma comunhão de perdas. Satta considerava a questão sob a perspectiva de uma solidariedade econômica natural entre os credores. O princípio visa salvaguardar a igualdade entre os credores de uma mesma categoria.

Na legislação da insolvência o princípio comporta exceções que se encontrarão, taxativamente, previstas na lei, não se admitindo aplicação analógica. É dizer, os contratos e as convenções particulares não podem estender as exceções criadas por lei, não se admitindo a extensão desse rol de exceções.^[26] Há viva crítica doutrinária ao que seria uma diminuição de prestígio desse princípio. Teria, o princípio da igualdade entre credores, se vitimado de uma considerável erosão.^[27] Parece, todavia, haver exagero nessa posição. Se por um lado é fato que os créditos desprovidos de garantias apareçam cada vez mais como um grupo reduzido de credores, é preciso lembrar que, normativamente, a regra terá, sempre, sua aplicação. Esta é a lição de PINTO DUARTE, na afirmação de que o princípio da *par conditio* não é de índole estatística, mas normativa.^[28]

5.4. Princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade não se analisa isoladamente. Afinal, se se trata de obrigatoriedade se está a dizer de uma obrigação (alguém está obrigado

26. - SOVERAL MARTINS, Alexandre, **Um Curso de Direito da Insolvência**, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 408; SERRA, Catarina, **O Regime Português da Insolvência**, Editora Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2012, p. 57; PIRES, Miguel Lucas **Dos Privilegios Creditórios – Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores**, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 141; FERREIRA, Manuel Requicha, **Estado de Insolvência, Direito da Insolvência**, Estudos, obra coordenada por Rui Pinto Duarte, Coimbra Editora, 1ª edição, Coimbra, 2011, p. 20 e seguintes; SANTARELLI, Umberto, *Per La Storia del Falimento nelle Legislazioni Italiane Dell'Eta Intermedia*, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Millani, Padova, 1964, p. 237 e seguintes.

27. - Daí dizer-se que a *par conditio creditorum* somente funcionaria *in assenza di interessi ritenuti meritevoli ou maggiore tutela*, assumindo, nos dias de hoje, um valor residual. VASCONCELOS, L. Miguel Pestana, **A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência**, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 891 e seguintes

28. - DUARTE, Rui Pinto, **Classificação dos Créditos sobre a Massa Insolvente no Projecto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 51 e seguintes; LOUSA, Nuno Ferreira, **Crónica de Jurisprudência dos Tribunais da Relação (2015/2016) - Revista de Direito da Insolvência**, nº 1, Editora Almedina, Coimbra, 2017, p. 194-222.

a alguma coisa). Guarda relação com vários outros princípios relevantes no trato das questões empresariais e dentre eles, princípios próprios ou próximos do Direito de propriedade, da função social do contrato, da relação entre capital e trabalho, da situação das empresas, da evolução da economia, matérias que foram objeto de eloquente encíclica papal de Leão XIII no já distante século XIX.^[29] Os pactos devem ser cumpridos e isto, em boa medida, responde pela paz social. Para a escola jusnaturalista (Grotius, Puffendorf, dentre outros) a obrigatoriedade corresponderia a uma convenção tácita contida no contrato, obrigando-se à renúncia de apetites egoístas. A escola positivista sustenta a obrigatoriedade como o mandamento da lei (a lei o diz). Acrescenta CAIO MÁRIO, na sua conformação, a presença ainda de um *mais puro conteúdo ético* à norma jurídica, para fundamentar a obrigatoriedade no cumprimento daquilo que ajustado.^[30] A obrigatoriedade já se fazia presente no *codex* dos romanos e no juramento tomado entre os mercadores na Idade Média, no momento da assunção de alguma obrigação, na vigência daquele Direito estatutário, matriz do Direito comercial que viria a ser construído.

Trata-se de princípio de extraordinário interesse na análise dos vários institutos regulados no Direito da insolvência como ainda se verá, na medida em que a recuperação da empresa impõe, como regra, a necessidade de imperativas transigências, reordenando-se obrigações de acordo com a realidade de cada caso e resultantes de um plano de insolvência que vier a ser aprovado.

No Brasil, o Conselho da Justiça Federal construiu enunciado, jungindo os princípios da conservação do negócio jurídico com o princípio da função

29. - A Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII data de 15 de maio de 1891 e foi celebrada com outra encíclica, a *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, de 15 de maio de 1931, tendo sido mais uma vez celebrada com a encíclica *Centesimus Annus* do Papa João Paulo II em 1991. O texto da *Rerum Novarum* contextualiza a realidade social da época e trata, dentre outros temas, da “ação da autoridade civil”, das “associações operárias”, das “associações não operárias”, das “associações industriais”, do “Direito de propriedade”, do “capital e trabalho”, das “pretensões injustas do capital”, das “injustas pretensões do trabalho”, do “princípio diretivo da justa distribuição”, do “salário justo”, das “situações da empresa”, das “exigências do bem comum”, da “harmonia entre as diversas profissões”, da “evolução da economia”, da “evolução do socialismo”, da “reforma dos costumes”. A encíclica, em tópicos próprios, trata do “uso comum dos bens criados e propriedade particular deles”, das “obrigações do operário e dos patrões”, da “posse e uso das riquezas”, da “dignidade do trabalho”, do “governo [que] é para os governadores e vice-versa”, do “Estado [que] deve proteger a propriedade particular”, da “economia como meio de conciliação de classes”.

30. - GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, **Função Social do Contrato (de acordo com o novo Código Civil)**, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 31; SETTE, obra citada, 2007, p. 66 e 148 e seguintes; PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, volume III (atualizado por Regis Fichtner), Editora Forense, 12ª edição, São Paulo, 2002, p. 101.

social do contrato (prevista esta última no Código Civil vigente),^[31] afirmando-se que a função social do contrato constitui cláusula geral, protegendo a sua conservação para assegurar trocas úteis e justas.

Em suma, a obrigatoriedade, também chamada de obrigatividade corresponde à qualidade de obrigatório, seja em referência à lei, seja em referência aos contratos, trazendo consigo a ideia de obediência ao que neles se contém. Trata-se, portanto, de um dever jurídico que se impõe, dever esse que uma vez incumprido submeterá o infrator a alguma sanção.

5.5. Princípio da onerosidade

O princípio da onerosidade, essencial à mercancia, está na base da celebração dos contratos. Toda obrigação comercial há de ser celebrada *cum intuitu pecuniae*. É dizer, o fim do comércio é o lucro, embora o prejuízo possa aparecer no percurso, como motor da crise e possa conduzir o devedor à insolvência. Do princípio da onerosidade se serve para sustentar a afirmativa de que não haverá comercialidade sem que presente esteja alguma onerosidade. O contrato é comercial, dentre outras razões, porque gera obrigações necessariamente onerosas.^[32]

O princípio da onerosidade, (que para a finalidade do estudo se apresenta de forma integrativa com o princípio da obrigatoriedade) manifestado na expressão de um *favor creditoris* é característico do Direito comercial e se opõe à expressão *favor debitoris*. Numa ideia geral, enquanto no Direito civil se favoreceria, em princípio, a figura do devedor, no Direito comercial seria o credor o favorecido. Para efeito da compreensão desse *favor creditoris* é preciso notar que a partir dele se construiu o próprio conceito de contratação comercial. Numa noção ampla da contratação mercantil serão considerados comerciais os contratos que preencham o critério de

31. - Art. 421. *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

32. - VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito Comercial – Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito*, Editora AO, Lisboa, 2011, p. 10-11.

comercialidade, regulados pelos códigos comerciais ou pelas leis comerciais, independentemente de se tratar de contratos típicos ou atípicos.^[33]

Diferentemente do que possa sugerir, o *favor creditoris* não deve ser visto como privilégio de classe, antes, é imprescindível para facilitar e incentivar a concessão de crédito, sem a qual a economia privada ficaria dificultada.

5.6. Princípio da publicidade.

O princípio da publicidade remonta ao Direito romano, politicamente compreendido na política da informação, no sentido de um compartilhamento democrático das informações ou do estado de exposição das pessoas. Na sociedade antiga, a manifestação da publicidade estava nas orações verbais que se consagraria no princípio da oralidade. A sua evolução se verificou na medida do avanço dos meios de comunicação, nas trombetas dos arautos que anunciavam a chegada do rei ou do general, nas pinturas, nos quadros, nos mosaicos e na escrita que propiciou os assentamentos registraes. A publicidade se obtém mediante a inscrição e ou a transcrição de atos jurídicos a fim de que se tornem conhecidos com eficácia para além dos envolvidos, isto é, perante terceiros, ou *erga omnes*. O contraponto da publicidade (do *publicus*) é o sigilo (*sigillum*), traduzido no uso dos selos, dos sinais, sinetes, marca empregada como sinônimo de segredo, guardado a chave; aquilo que não pode ou não deve ser violado, correspondendo sua violação à quebra de um dever (o dever de sigilo) seja em decorrência do exercício de uma profissão, de ofício ou de determinada regra contratual manifestada na cláusula de uma não publicidade.

A publicidade dos atos jurídicos (atos da vida civil [Direito privado] e atos de Estado [Direito público]) será sempre uma regra. O Direito, ciência social, não se afeiçoa a segredos e ocultações, pelo contrário, dá prioridade à luz do meio-dia e não à escuridão da meia noite. A exceção, pois, dos atos jurídicos em geral, será a não publicidade e, portanto, o sigilo. Adotar-se-á o sigilo por razões superiores, como contraponto da publicidade. Guardar-se-á o segredo

33. - ALEGRIA, Héctor, La Interpretación de los Contratos, Contratos Civiles y Comerciales – parte general, obra coordenada por Gabriel de Reina Gardiñe, Editora Heliasta, Buenos Aires, 2010, p. 248; A lição vem de RIPERT e de ROBLOT: 'Un contrat nommé est civil ou commercial suivant les personnes qui le passent et le dessein qu'elles poursuivent en contractant. Si le contrat est commercial, il obéit aux règles générales qui gouvernent les actes de commerce et que nous avons déjà étudiées' RIPERT, George e ROBLOT, René, Traité Élémentaire de Droit Commercial, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1970, p. 126-127.

nos casos em que um valor maior o determinar. A lei o dirá. Publicidade e sigilo, no entanto, nominalmente antônimos, tratados como princípio, não são dois princípios distintos, um em oposição ao outro. São apenas duas faces de uma mesma moeda, verso e anverso, côncavo e convexo. No estudo do princípio da publicidade estará o exame desses dois termos, ambos abrangidos dentro de um mesmo campo de interesse do comércio jurídico. Há situações em que a regra da obrigatoriedade há de ser a publicidade; outras indicarão o caráter sigiloso do ato como de sua essência. Juntos, como Cosme e Damião, publicidade e sigilo são figuras justapostas.

O sigilo é tratado como um dever imposto a todos aqueles particulares ou agentes públicos que tenham conhecimento de dados sigilosos em relação aos quais recaia a necessidade da ocultação, ou a inconveniência da sua divulgação. A publicidade, em regra (há exceções), não é considerada como elemento formativo do ato, mas requisito de sua eficácia, atendendo-se à moralidade pública. A publicidade dos atos coíbe ou desincentiva a prática de atos reprováveis. O sigilo, de outro lado, se oferece vestido de indumentárias diversas, possuindo muitas faces como, por exemplo, o sigilo bancário, o sigilo dos livros comerciais, o sigilo do voto, o sigilo profissional. Por razões diferentes, ora o sigilo (no segmento das marcas e patentes, por exemplo), ora a publicidade (o apelo de vendas, por exemplo), um ou outro, comparece como elemento fundamental de determinada empresa (aqui, no sentido de empreendimento). Essas duas realidades, a partir de termos de sentidos rigorosamente opostos podem ser determinantes para a comercialidade da avença.

Será a publicidade dos atos jurídicos, no plano patrimonial, que impedirá injustiças em relação às pessoas que, afinal, têm o direito de conhecer o que é que acontece no ambiente no qual se dão as relações jurídicas ou das quais derivam situações jurídicas, entre credores e devedores, por exemplo. Dito de outro modo, para não fugir da temática da insolvência, será necessário que os credores bem conheçam o estado patrimonial de seus devedores.^[34]

34. - PIREs, Miguel Lucas, **Dos Privilégios Creditórios – Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores**, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 85-86; GOTTINO, Gastone, *Lineamenti di Diritto Commerciale*, Zanichelli Editore, seconda edizione, Milano, 2016, p. 68 e seguintes, tratando da atividade da empresa e da publicidade; JACQUEMONT, André, *Droit entreprises em difficulté*, Editora LexisNexis, 8ª édition, Paris, 2013, p. 193 e seguintes; SARAIVA, Rute, **Direito dos Mercados Financeiros**, AADFL Editora, 2ª edição, Lisboa, 2015, p. 239. O princípio da publicidade se apresenta como instrumento democrático porque *os indivíduos livres e iguais possibilitam, através do voto livre e igual, a adaptação de um método político de decisão que, pelo menos, beneficia de uma legitimidade quantitativa maioritária*. CANOTILHO, obra citada, 2019, p. 329.

Ainda e de modo especial, no Direito da insolvência, o princípio da publicidade é de marcante presença, para o efeito do necessário conhecimento prévio daquilo que se convencionou chamar de sistema de garantias (das obrigações e as garantias que as garantem).

5.7. Princípio da maioria

Presente no Direito societário, o princípio da maioria é relevante, por igual, no âmbito do Direito da insolvência. Para as deliberações coletivas, onde há interesses não convergentes, o princípio da maioria é recurso de recorrência obrigatória, na medida em que as pendências da lida diária reclamam soluções que exigirão tomadas de decisão numa quadra onde a unanimidade nem sempre será possível. Posto o quadro a ser deliberado e sendo impossível a unanimidade, restará a utilização do princípio da maioria para que as coisas caminhem. O princípio da maioria aparece, em circunstâncias várias, como a régua capaz de medir o pensamento médio de determinado grupo, fazendo prevalecer a legítima vontade de uma maioria formada. Estará em causa o exercício de vontades livres por aqui já examinado no princípio da autonomia da vontade, do livre arbítrio. Esta reflexão é fundamental para bem compreender a relatividade da igualdade entre os integrantes do grupo. É reflexão que contribui no entendimento da noção, da função e da importância do princípio da maioria, numa relação da parte com o todo. Embora sob o título de princípio da publicidade, numa alça mais ampla nele está compreendido o direito à informação que em medidas variadas, no âmbito da insolvência visa proteger tanto a comunidade de credores, quanto a comunidade onde a empresa desempenha a sua atividade. Essa transparência compreende ainda, comportamentos relacionados às boas práticas quanto a governança corporativa, adotando-se padrões aceitáveis na promoção da comunicação e da cooperação entre os atores.^[35]

35. - GAMBOGI, Luiz Carlos Balbino, **Direito: Razão e Sensibilidade – As Instituições na Hermenêutica Jurídica**, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 33; RUTE, José M^o De La Cuesta, *El Convenio Concursal – Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Tomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 146 e seguintes; UTTAMCHANDANI, Mahesh e MENEZES, Andres e MENEZES, Antonia, obra citada, 2021, p. 09-10.

Nas complexas relações comerciais e nas intrincadas questões derivadas da crise empresarial, a unanimidade entre os interessados (entre os credores, principalmente) é, em regra, impossível. O princípio da maioria surge como solução, como o substituto dessa unanimidade impossível, dentro da linha de respeito da igualdade e equanimidade de interesses de mesma identidade em face da massa insolvente. Também o princípio da maioria, portanto, guarda relação direta com princípios vários e dentre eles o da boa-fé e o da igualdade entre os iguais.

A utilidade desse princípio para o tema em estudo está nas deliberações que serão tomadas nas assembleias de credores, principalmente na aprovação ou não aprovação de um “plano de recuperação” (manifestado no plano de insolvência no Direito português). Pode ser um equívoco, no estudo do princípio da maioria, a simples transposição para o âmbito da insolvência de regras existentes na legislação societária, principalmente na legislação das companhias, em face de algumas particularidades a considerar e dentre elas por se tratar de dois Direitos, ambos especiais e distintos e ainda porque, em sede de Direito societário o acionista tem a obrigação primeira de, cumprindo-se os estatutos sociais (de cada estatuto, singularmente), exercer o voto no interesse primordialmente da sociedade (*voto pro societate* ou *pro societas*). No Direito da insolvência, não havendo esse compromisso, cada credor tem o direito de votar no seu interesse pessoal (de acordo com os interesses de sua posição de credor).

5.8. Princípio do juízo universal da insolvência

O processo judicial da insolvência é uno. Nele todos os créditos devem ser reclamados, mesmo que tenham sido apurados em sentença já transitada em julgado noutra juízo. A providência processual da reclamação dos créditos nesse único processo propiciará a organização da massa, conhecendo-se o tamanho e a forma do corpo insolvente.

No ponto, relevante observar que essa unicidade é observada tanto no caso de uma ação única como é o caso do sistema de Portugal (a ação de

insolvência caminha para resultado da recuperação possível ou desagua na simples liquidação), quanto no caso da dupla ação, como se dá no sistema brasileiro (onde duas são as ações, a de recuperação judicial e a de falência, podendo esta última resultar da frustração da primeira).

No princípio do juízo universal da insolvência estará a certeza e a segurança de que o processo terá uma única condução. Afinal, todo corpo há de ter cabeça. Sendo a insolvência, antes de mais, uma execução coletiva, é necessário que o processo, a partir do qual se dará a aglutinação, organização e possivelmente a venda de bens do seu ativo (o monte ativo), seja presidido por um único magistrado, como forma de otimização do resultado útil do processo. Essa unicidade propicia necessária organização quanto à distribuição dos pagamentos aos credores da massa (o monte passivo), observando-se a ordem de prelações legais que não sejam superadas em decisão legítima da comunidade de credores. Nele se tem princípio de rigoroso significado processual. Sua adoção implica em reconhecer o juízo da ação de insolvência como o juízo de verificação, de realização e, portanto, de liquidação da massa insolvente, na medida em que cada caso exigir decisões próprias, num ou noutro sentido. Aí está a arte do Direito da insolvência.

Para os Direitos ainda não constituídos, isto é, para as demandas constitutivas, desafiadoras de processos de conhecimento, de cognição plena, sendo outra a ação, é certo que poderão tais processos tramitar noutro juízo, mas, quando da realização-execução da parte dispositiva da sentença condenatória-constitutiva (constitutiva de obrigação material), deverá o processo se submeter ao juízo e à ação de insolvência em face desse juízo natural. A sentença obtida noutro juízo então, com o título constitutivo que nela se contenha, pelo princípio da translação, exercitará a sua eficácia no âmbito do processo de insolvência instaurado e, portanto, no juízo universal da insolvência.

O princípio do juízo universal aparece harmonizado com outro que é o da especialidade do juízo (seria um subprincípio dentro desse princípio), propiciando que juízes especializados (em varas com jurisdição especializada),

detenham competência para as ações do gênero. Também essa especialização é matéria de rigoroso significado processual e não é menos relevante.^[36]

5.9. Princípio do inquisitório

O Código de Insolvência de Portugal (CIRE) positiva, de modo expresso, o princípio do inquisitório^[37] ao estabelecer que nos processos de insolvência, assim como nos embargos e no incidente de qualificação da insolvência, a decisão do juiz poderá fundar-se em fatos que não tenham sido alegados pelas partes. Trata-se de um encontro do processo com os fatos. É princípio próprio do processo de insolvência de extraordinária utilidade. Contém esse princípio um desvio em relação aos princípios comuns do processo civil tradicional; um desvio, todavia, virtuoso, mitigando aquele entendimento segundo o qual “aquilo que não esta nos autos não estaria no mundo.” Para sua boa compreensão, útil será ter em mente que os princípios próprios do Direito da insolvência comungam, entre si, silenciosamente, de um pacto de coexistência em torno de específicos propósitos dessa espécie processual, fazendo coro, por exemplo, esse princípio do inquisitório, com outro princípio, o derogatório, que autoriza a derrogação de dispositivos legais na construção de um “plano de recuperação” da empresa viável que habita a massa insolvente. A utilidade do princípio do inquisitório é de fundo pragmático. Admita-se, ainda, a utilidade desse princípio a partir da consideração de que processo de insolvência é ação sem réu e que um resultado que seja, de fato auspicioso para a situação, haverá de sê-lo em benefício da própria comunidade de credores. É dizer, o próprio princípio da relatividade do processo (cujos efeitos se dariam apenas

36. - EPIFÂNIO, Maria do Rosário, **Manual de Direito da Insolvência**, Editora Almedina, Lisboa, 4ª edição, 2012, p. 162 e seguintes; SILVA, José Anchieta da, **O Plano de Recuperação Judicial para além dele (o Plano além do Plano)**, Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência, Editora Almedina, São Paulo, 2015, p. 375-379; LOBO, Jorge, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**, obra coordenada por Carlos Henrique Abraão e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Editora Saraiva, 6ª edição, São Paulo, 2016; GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes, **Recuperação Judicial de Empresas e Falência, à luz da Lei nº 11.101/2005**, Editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 2007, p. 136; SERRA, Catarina, **Entre o Princípio e os Princípios da Recuperação de Empresas (um work in progress)**, II Congresso de Direito da Insolvência, 2014, Editora Almedina, Coimbra, 2014, p. 93-101. Da mesma autora, tratando embora do Plano Especial de Revitalização – PER, **Processo Especial de Revitalização**, Editora Almedina, 2ª edição, Coimbra, 2017, p. 16.

37. - Art. 11º do CIRE: *No processo de insolvência, embargos e incidente de qualificação de insolvência, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes.* Este princípio inquisitório, anota a doutrina, possibilita ao magistrado conhecer fatos instrumentais e fatos complementares, aplicando-se, restritivamente, às três fases processuais referidas no dispositivo legal: o próprio processo de insolvência, os embargos e o incidente de qualificação, não tendo aplicação, por exemplo, na ação de verificação superior de créditos, que é ação autónoma. M. MARTINS, **Processo de Insolvência**, Editora Almedina, Coimbra, 4ª edição, 2016, p. 84-85.

nos limites das partes litigantes), no caso da ação de insolvência se apresenta num espectro muito mais amplo. Os benefícios assim como malefícios de um processo de insolvência alcançam e penalizam toda a comunidade envolvida, para além dos credores inclusive. Também esta é uma singularidade dos processos de insolvência.

A doutrina considera essa iniciativa inquisitorial que se confere ao magistrado como o princípio da “descoberta da verdade material”. Diferentemente do que à primeira vista possa parecer, com o princípio do inquisitório não haverá, ou não haverá necessariamente, conspurcação do consagrado princípio do contraditório amplo; pelo contrário, o que a norma do CIRE autoriza é o aproveitamento de fato(s) não trazido(s) pelas partes para o processo. A norma não impede que os interessados ou alcançados por tais circunstâncias factuais possam sobre eles dissertar e esclarecer.^[38] A matéria contém suas peculiaridades e sua compreensão deve dar-se à luz de cada caso concreto, sem se abrir mão, por óbvio, de um princípio maior em relação aos demais: o princípio do processo justo, expressão em cujo âmago está presente o super princípio da Justiça.

5.10. Princípio derogatório

O princípio derogatório é posto em relevo no ordenamento português (no CIRE) como um princípio geral para efeito do pagamento dos créditos sobre a insolvência, em oração expressa a consagrar que tanto nos pagamentos, quanto na liquidação da massa, quanto na repartição do produto obtido aos credores, assim como na aferição da responsabilidade do devedor depois de findo o processo, são ações ou iniciativas passíveis de regulação no próprio “plano de insolvência”, inclusive com derrogação de normas constantes do próprio Código de Insolvência. As conclusões daí decorrentes são várias. Em primeiro lugar está o fato de a própria lei entregar a primazia da derrogação aos envolvidos, em detrimento expresso de suas próprias normas. Em segundo

38. - A afirmativa de que o CIRE não prescinde da presença de um razoável contraditório recomenda o exame, dentre outras, das normas contidas nos seus cânones 30º a tratar da oposição do devedor e o artigo 35º que determina a audiência de discussão e julgamento do ponto e contraponto trazidos pelas partes.

lugar, se tem a consagração do Direito da insolvência como Direito privado por excelência, valorizando os acordamentos privados para além de determinações legais. Em terceiro lugar, de ser comemorado o fato de a própria legislação ter percebido que casos existirão em que a friez da norma poderá conspirar contra caminhos e soluções viáveis; e isto se dá nos processos de insolvência com frequência. No caso, esse ato de derrogação da norma legal se dá em benefício de um conjunto de proposições que se revelem como caminhos mais acertados, não abusivos, em relação àquele que oferecido pelo texto frio da lei. Essa particularidade, admite a doutrina, põe em xeque o próprio termo adotado, havendo quem sustente que não se trataria, no caso, propriamente, de ato de derrogação. Então se estaria diante apenas um ato de circunvir a norma legal, uma não adoção da norma sem, todavia, cogitar de sua derrogação. Os credores não eliminariam qualquer norma do código, mas, apenas estariam regulando os seus interesses de modo diverso daquele que resultaria da aplicação da lei reguladora da insolvência.^[39] Parece, todavia, discussão desprovida de utilidade à simples razão de que o próprio termo legal adotado, com indiscutível clareza está a dizer de uma “derrogação”.

5.11. A preservação d empresa como princípio

Embora a adoção dos meios e modos de recuperação da empresa seja algo mais ou menos recente, considera MENEZES LEITÃO que as suas raízes históricas datam das experiências colhidas a partir das grandes crises, apontando as de 1870 (guerra de Otto Von Bismark contra Napoleão Terceiro), 1914 (primeira guerra mundial) e 1929 (grande depressão com a quebra da Bolsa de Nova Iorque) quando multiplicaram as falências. Cita, o autor, legislações várias que funcionaram como laboratório, como alicerces desse princípio (França, Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos). Na abordagem de GONÇALVES MACHADO, a recuperação é tratada como fundamento do próprio Direito da insolvência, apresentando-se como um novo paradigma do velho Direito das quebras, na busca da viabilização da empresa com a participação de seus credores nas soluções propostas.^[40] O que se tem, verdadeiramente nesta sede, é uma soma de princípios, vários, ajustados ou

39. - O artigo 192 do CIRE, destaca esse princípio na seguinte oração: “1. O pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares daqueles créditos e pelo devedor, bem como a responsabilidade do devedor depois de findo o processo de insolvência, podem ser regulados num plano de insolvência em derrogação das normas do presente Código”. MARTINS, Luís M., obra citada, 2016, p. 470-471.

40. - GONÇALVES MACHADO, obra citada, 2017, p. 214 e seguintes; SERRA, Catarina, obra citada, 2014, p. 71-100.

superpostos, todos conspirando positivamente (em círculo virtuoso) no sentido de uma sempre desejável recuperação da empresa existente numa massa insolvente. O princípio abriga e dá conteúdo a duas visões diferentes de um mesmo problema, compreendendo, o primeiro, a chamada cultura do resgate (*rescue culture*) e, a segunda, propriamente a recuperação (alguma recuperação) da empresa (*corporate rescue*). Tornou-se de reconhecimento geral a orientação segundo a qual as leis de insolvência devem contemplar, dentre suas finalidades, a possibilidade da recuperação da empresa (*work in progress*), o que pode assumir, em termos amplos, uma de duas formas: ou a sobrevivência da entidade devedora ou a venda da (sua) “empresa”; isto é, da empresa nela existente (*going concern*), considerado nessa expressão o chamado “valor em marcha” como valor de todo o negócio ou de toda a empresa, composto de bens materiais e imateriais (na empresa estará presente o fenômeno da desmaterialização da riqueza), cujo conjunto corresponderá à empresa que incrustada na massa insolvente, um bolo negocial, que necessita ser salvo, diminuindo e se possível eliminando a possibilidade de liquidação das vísceras úteis da empresa. Esse chamado *going concern* compreende algo muito além da ideia de um estabelecimento fisicamente considerado, posto que há de considerar a verdadeira empresa como agente econômico em funcionamento, com sua força de trabalho, seus recursos físicos, os valores potenciais, sua clientela, agora rebatizada de consumidores, suas marcas, seus direitos, sua capacidade empreendedora enfim.^[41] É preciso considerar que processo de recuperação de empresa é processo de perdas.

41. - LoPUKI, Lynn M. obra citada, Accessed: 27.04.2017, 20:21 UTC, <http://www.jstor.org/stable/1222639>, p. 662; MORRISON, David, and ANDEERSON, Colin, *The Commencement of the Company Rescue: How and When Does it Start?*, International Insolvency Law, Themes and Perspective, Sussex Institute University of Sussex, UK, Markets and the Law, Routledge Taylor and Francis Group, London and New York, 2016, p. 83-84. A figura do ‘*rescue culture*’, como a cultura do resgate acompanhará a pesquisa em todos os seus passos e é orientadora das conclusões finais, várias; OCHAÏTA, Maria Valmaña e BENITO, José Losa, *La Liquidación de empresas en crisis, aspectos mercantiles, laborales y fiscales*, obra coordenada por GEMMA CASÓN GARCÍA, Editora Bosch, Wolters Kluwer S. A. www.digital.wileys, Barcelona, 2014, p. 61 e seguintes; MENEZES LEITÃO, obra citada, 5ª edição, 2013, p. 37; CASTRO, Carlos Alberto Farracha de, *A Crise da Empresa. Um diálogo entre Brasil e Portugal*, Revista de Direito da Insolvência, nº 1, Editora Almedina, Direção de Maria do Rosário Epifânio e José Manuel Branco, Editora Almedina, 2017, p. 124-144. Recolhe, o autor, lição do constitucionalista RAUL MACHADO HORTA, analisando o tema em face da Constituição brasileira. O princípio da preservação da empresa é de índole constitucional, afirma o doutrinador, uma vez que *a ordem econômica e financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra.* (...) *A ordem econômica e financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou como meta constitucional. A ordem econômica é, por isso, instrumento para construção de uma sociedade livre, justa, solidária.* Indica, o autor, os correspondentes dispositivos a respeito, na Constituição portuguesa: artigos 9º, “d”, 81º, “d” e “e”. Do texto ao qual se recorre, se transcreve em síntese lapidária a afirmação segundo a qual *o princípio da preservação da empresa constitui-se em fundamento do Direito da insolvência.* CASTRO, obra citada, 2017, p. 144. Ainda sobre o tema, SILVA, Max Roberto de Souza, **O Princípio da Preservação da Empresa sob o prisma dos institutos da Recuperação Judicial e da Falência**, 25 Anos de Advocacia JASA – José Anchieta da Silva, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2015, p. 285-306; ULHOA COELHO, obra citada, 2012, p. 41; CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las, YACÚZZI, María Fernanda, FLABANI, Cláudia Cecília, *Concursus y Quiebras, Aspectos Generales, antecedentes y Principios Concursales*, volume I, Editora Heliasa, Buenos Aires, 2016, p. 51 e seguintes; PUGLIESE, Adriana Valéria, **Direito Falimentar e Preservação da Empresa**, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2013, p. 21 e seguintes; CONDE, Carlos Rodríguez, *Los Acuerdos de Refinanciación en La Reforma Concursal*, Editora Bosch, Barcelona, 2012, p. 140 e seguintes; CORRE, Pierra Michel Le, *Droit des entreprises en difficulté*, Mementos Dalloz, Dalloz, Paris, 5ª édition, 2013, p. 892 e seguintes, tratando da conservação de direitos e de bens nos negócios.

A lei alemã (*InsO*), emprestando ao princípio patronímico próprio, dizendo-o princípio da empresa em funcionamento (*Fortfuhrungswerte*) admite, como alternativa, a distribuição de ativos entre os credores, propiciando manter vivas, no todo ou em parte, as atividades da empresa. Aí está o princípio da recuperação como o próprio instituto da recuperação, revelando, na distribuição de ativos para manter viva a produção e, portanto, a vida da empresa, uma forma ou um meio de recuperação.

Os vocábulos “liquidação” e “recuperação” ou “reorganização” se apresentam nos textos legais da insolvência, mais próximos um do outro do que parece. Naquela reorganização de que cuida o *bankruptcy* norte-americano, também partindo da ideia inicial de uma “liquidação” se contempla, por exemplo, a possibilidade da venda da empresa ou dos ativos aziduais aos próprios credores, vista, assim, dentro do que se traduz por reorganização, uma verdadeira recuperação da empresa. Nessa análise se percebe que os capítulos sétimo e décimo primeiro do *bankruptcy*, cuidando nominalmente de liquidação e de recuperação guardam, em verdade, certa interligação, se apresentando mais próximos do que parece. Ao cabo, a decisão do recuperar, do que recuperar e do como recuperar é questão que pertence aos atores privados envolvidos, em face de determinado caso concreto. Chama a atenção DUCLERC VERÇOSA para certa dúvida (*to be or not to be*) sobre o recuperar ou não recuperar.^[42]

42. - CHINAGLIA, Olavo Zago e MOTTA, Lucas Griebeler, **O Diálogo entre Vetores que orientam a Preservação da Empresa e a Ordem Econômica como fundamento da teoria** failing firm, Direito das Empresas em crise, Revista do Advogado, ano XXXVI, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, outubro de 2016, nº 131, p. 155; SERRA, Catarina, tratando embora do PER, obra citada, 2017, 2ª edição, p. 15; PIDWELL, Pedro, **O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada**, Coimbra Editora, Coimbra/Lisboa, 2011, p. 17; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, **Curso de Direito Comercial**, Volume I, Editora Almedina, Coimbra, 2012, 8ª edição, p. 334-336; JACKSON, Thomas H., *Bankruptcy, nonbankruptcy entitlements and the Creditor's Bargain*, Corporate Bankruptcy, Economic and Legal Perspectives, Edited by Jagdeep S. Bhandari, and Lawrence A. Weiss, Foreword by Ricard A. Posner, Cambridge University Press, New York, 1996, p. 39-59; FINCH, Vanessa, *Corporate Insolvency Law, Perspective and Principles*, Cambridge University Press, UK, <http://www.cambridge.org> 2002. p. 369; ANDERSON, John and WRIGHT, Peter G., *Liquidating Plans of Reorganization*, Citation 56 AM, Bankr. L. J. 29, HenOnline, Thu Apr. 27 14:43, 2017, <http://heinonline.org/HOL/Licence>; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, **Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa, configuração e limites**. Dez anos da Lei nº 11.101/2005. Obra coordenada por Sheila Neder Nerezetti e Emanuelle Urbano Maffiotti, Editora Almedina, São Paulo, 2015, p. 348-367. SERRA, Catarina, **O Princípio e os princípios da recuperação da empresa**, II Congresso de Direito da Insolvência, Editora Almedina, Coimbra, 2014, p. 85, obra coordenada pela própria autora, que arremata assim se expressando-se que: [na] *recuperabilidade da empresa* [se tem] *o limite da recuperação*. No ensaio *The Law and Economics approach to Corporate Bankruptcy*, o tema é enfrentado por ALAN SCHWARTZ, apontando, numa abordagem econômica, as consequências da legislação falimentar para efeito do cálculo do risco do crédito. Coloca, o autor, o acento tônico de sua crítica nas legislações que retiram das partes qualquer possibilidade de, sob o argumento de manutenção dos postos de trabalho ou de evitar-se consequências negativas regionais ocasionais, dificultar a extinção da empresa insolvente com seus resultados nocivos conhecidos mesmo fora do contexto falimentar. A pregação final do autor vem no sentido de se prestigiar a eliminação das empresas que, de fato, sejam inviáveis. Obra citada, volume VI, 2011, p. 26 e seguintes.

6. Algumas conclusões que se impõem.

Desse ligeiro passar-de-páginas sobre o assunto, há conclusões que se apresentam como conclusões naturais ou obrigatórias.

A insolvência transfronteiriça é uma realidade e não pode ser olvidada nem por parte dos atores do processo e nem por parte dos doutrinadores. Não parece razoável supor que se alcançará um Direito da insolvência transnacional (um Direito interterritorial pacificador), por razões de índole sistêmica, constitucional, da autonomia dos povos. Os princípios ínsitos da insolvência transfronteiriça são harmonizáveis, com menor ou maior esforço. Para além disso, nos princípios recepcionados pelos ordenamentos jurídicos envolvidos em cada caso concreto, estará o caminho para a construção de soluções que cada insolvência, na sua própria singularidade exigir ou recomendar. Essas constatações demonstram a existência de um Direito da insolvência moderno como um “Direito principiológico”.

Com efeito, as questões versadas no âmbito da insolvência transfronteiriça, quando assentadas em tratados, acordos ou convenções internacionais serão, certamente, conduzidas de acordo com os tratados ou convenções aplicáveis, a partir de suas normas e de seus princípios (os que adotados nos seus textos, neles incorporados).

Todavia, quando não for essa a hipótese, isto é, quando se deparar com algum conflito de normas entre dois ou mais ordenamentos jurídicos e ou acordos invocáveis, as questões, inexoravelmente encontrarão solução no “Direito dos princípios”, na força de suas disposições diante do mundo civilizado. Afinal, não existe pendência de natureza jurídica para qual o Direito não aponte caminhos e soluções.

A Indústria Petrolífera para Além dos Tributos: Royalties; Conteúdo Local; e P,D&I

*THE OIL INDUSTRY BEYOND TAXES: ROYALTIES;
LOCAL CONTENT RIGHT; AND P,D&I*

Alexandre Scherman Rocha

Advogado especializado em petróleo;
Pós-graduado em Master Business Petroleum
(COPPE/UFRJ, 2000); LLM em
Mediação, Gestão e Resolução de
Conflitos (ESA/OAB, 2021).

Sumário

1. Introdução.
2. Falamos de Riqueza, para além de tributos.
3. Os *Royalties*.
4. Conteúdo Local.
5. Cláusula de P, D&I.
6. Conclusão.



Resumo

A exploração e produção de petróleo e gás natural, para além da riqueza natural extraída, pode e deve contribuir com o desenvolvimento social e econômico do país produtor e, principalmente, da localidade geográfica na qual as atividades ocorrem, dado que o impacto ambiental gerado na sua circunvizinhança precisa ser mitigado.

Paralelamente, o aproveitamento de uma riqueza finita e não renovável necessita ser equacionado para que gerações futuras, que não aproveitaram o potencial consumido, seja recompensada do que lhe foi, de certa forma, subtraído e que não mais se substituirá.

Nesse trabalho vamos anotar nosso ponto de vista sobre esses temas, cuidando de, resumidamente, falar sobre o que consideramos ser o tripé do desenvolvimento socioeconômico advindo com a produção de petróleo e gás natural.

Palavras-chave: Indústria do Petróleo. Produção de Petróleo e Gás Natural. Participação Governamental. Captura de Riqueza. Desenvolvimento Socioeconômico.

Abstract

The exploration and production of oil and natural gas, in addition to the natural wealth extracted, can and should contribute to the social and economic development of the producing country and, mainly, of the geographical location in which the activities took place, given that the environmental impact generated in its surroundings need to be mitigated.

At the same time, the use of finite and non-renewable wealth needs to be considered so that future generations, who did not take advantage of the consumed potential, are rewarded for what was, in a way, subtracted from them and which will no longer be replaced.

In this work, we will note our point of view on these topics, taking care to briefly talk about what we consider to be the tripod of socioeconomic development arising from the production of oil and natural gas.

Keywords: Oil Industry. Production of Oil and Natural Gas. Government Take. Wealth Capture. Socioeconomic Development.

1. Introdução

Para o exercício da atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural, as empresas petrolíferas enfrentam diversos riscos que vão desde questões complexas de geopolíticas, de segurança jurídica e seus modelos de contratos, do potencial das reservas, das características geológicas da exploração e produção, entre outros fatores.

Paralelamente, a indústria do petróleo é daquelas verticalizadas cujos setores são conhecidos como *upstream* (exploração e produção de petróleo); *midstream* (refino do petróleo e transporte); e *downstream* (distribuição e revenda de derivados de petróleo).

Esta magnitude (verticalização) da indústria petrolífera tanto pode ser suportada por empresas com atuação multinacional ou empresas estatais (*majors*), ou de forma estanque por diferentes companhias, cujos principais serviços demandados são providos por empresas também com atuação multinacional.

Dessa forma, constitui a indústria petrolífera um intrincado modelo de negócio cuja ubiquidade dificulta a captura equilibrada da renda gerada e, paralelamente, causa um impacto ambiental e social que precisam de cuidados.

Ressalte-se que, sendo o petróleo uma fonte natural de riqueza finita e não renovável, no que tange ao *upstream* (exploração e produção) tende a atividade a se encerrar num determinado espaço de tempo e que contra esse martírio nada se poderá fazer, ou seja, o fim da “indústria” naquela localidade, mais cedo ou mais tarde, será experimentado.

Portanto, olhar para a continuidade do desenvolvimento econômico de determinada região petrolífera, quando esta não mais prover a produção da riqueza, é fundamental para garantir a sustentabilidade de gerações futuras.

Além disso, há que se proporcionar às empresas nacionais de menor porte a oportunidade de se inserir na fabricação e prestação de serviços do setor, atentando para o fato de que competem com empresas com elevado *know how* e capacidade econômica.

Ademais, dadas as características tecnológicas e dos equipamentos propriamente ditos e, ainda, a necessária qualificação profissional do setor que demanda cursos específicos também merece especial atenção, para que a força nacional possa efetivamente se colocar nos postos de trabalhos.

Diante de todas estas características, se impõe uma percepção de que determinados mecanismos e ferramentas de políticas públicas são necessários para além de capturar parte da renda petrolífera atender aspectos de garantia (i) do desenvolvimento intergeracional; (ii) da inserção da indústria nacional; e (iii) da capacitação profissional.

Por conseguinte, pincelaremos algumas atividades que podem contribuir para efetivar o suprimento das necessidades acima destacadas, conforme seguimos.

2. Falamos de Riqueza, para além de tributos

Estabelecido o alcance da nossa intenção, cabe somente enfatizar que navegaremos em temas que são extra fiscais, ou seja, entendemos que os mecanismos que serão analisados nada dizem com aspectos tributários pertinentes aos bens e riquezas produzidos, mas sim de mecanismos outros que correm em paralelo e que visam objetivos mais endereçados e afeitos ao desenvolvimento da justiça intergeracional, ao desenvolvimento da indústria e a formação de mão de obra, sendo eles, na ordem, aspectos que dizem respeito aos (i) *Royalties*; (ii) ao Conteúdo Local; (iii) aos programas de P,D&I.

3. Os *Royalties*

Para a ciência jurídica, o pagamento dos *royalties* se constitui em uma remuneração pelo usufruto de um bem, de propriedade do Estado, bem

como medida compensatória pelo impacto socioambiental ocasionado pelas atividades e pelo risco de acidentes ambientais de elevada proporção que são previsíveis e que, de fato, ocorrem.

Mas não é só.

Os *royalties* também têm a função de prover ao Estado certa capacidade financeira de proporcionar **às gerações futuras** o benefício de uma riqueza que de certa forma lhe foi retirada, já que com o fim da produção petrolífera em determinada área, toda atividade localizada também se encerrará.

Portanto, tem os *royalties* especial função de servir como uma compensação financeira que visa proporcionar condições de se implementar um desenvolvimento sustentável na localidade impactada por esta indústria. Este desenvolvimento sustentável, entretanto, vai mais além do que garantir perfeita harmonia entre a indústria petrolífera, a sociedade e o meio-ambiente, senão que se preocupa em criar oportunidades para o surgimento de economias outras que garantam (justiça intergeracional), no mínimo, a manutenção do desenvolvimento econômico gerada pela atividade petrolífera.

Vale, ainda, anotar resumidamente outros conceitos que a doutrina jurídica ensaia sobre o tema, sem, contudo, deixar de alertar que sua menção é estritamente ilustrativa: (i) Natureza tributária: Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais; (ii) Compensação financeira: pelo uso de um bem público; (iii) Indenizatória: perda dos recursos minerais ou pelas despesas que as empresas causam ao poder público; (iv) Preço Público: determinado por Lei; (v) Preço Financeiro: princípio do poluidor pagador.

Concretamente, a incidência dos *royalties* em diversos Estados produtores varia entre os países, mas também dentro dos próprios países, isto porque algumas características podem modificar a sua incidência, tais como: (i) a localização do campo petrolífero (p. ex. *onsbore* vs. *offshore*); (ii) os riscos geológicos de determinado poço (p. ex. pós-sal e pré-sal); (iii) as estimativas das suas reservas (*green fiel* vs. *brown field*); (iv) a qualidade do óleo; etc.

Em conclusão, os *royalties* do petróleo devem não se limitar a atender as necessidades atuais de uma sociedade em determinado território impactado, mas também de prover que este mesmo território tenha capacidade de se manter como centro de uma atividade econômica, através do estímulo do desenvolvimento de outras atividades econômicas que sejam capazes de proporcionar emprego e renda que sustente o que foi conquistado.

4. Conteúdo Local

O tema “Conteúdo Local” é antigo, porém complexo e sujeito uma série de fatores que podem, de acordo com o cenário ao qual estiver inserido, dificultar ou facilitar o exame da sua eficiência.

Certo é, também, que o tema “Conteúdo Local” abrange uma série de disciplinas para seu exame e compreensão, de forma que seu estudo demanda esforço de equipe multidisciplinar.

Contudo, dado alcance que nos propusemos, deixaremos registrados nosso ponto de vista sem esgotar a matéria, mas ressaltando a importância da temática como forma de impulsionar o desenvolvimento da indústria parapatrolífera nacional de determinado Estado produtor.

O Conteúdo Local, nesse passo, é verdadeiramente um processo de estímulo concebido através de determinada política pública cujo objetivo é desenvolver e/ou ampliar a capacidade de fornecimento dos atores locais que fazem parte da cadeia de suprimento que da suporte à atividade de exploração e produção de petróleo.

Entretanto, não só o incentivo a capacitação e transformação dos fornecedores de bens e serviços locais são favorecidos, eis que outros benefícios como a ampliação do mercado de trabalho e da geração de renda, naturalmente, são observados, ou seja, ganham o empresário e a força de mão de obra.

Paralelamente, adoção de políticas públicas impulsionadoras da indústria local se faz necessário, ainda, se atentarmos que a captura dos investimentos na indústria do petróleo é por demais dificultoso dada ubiquidade do seu capital.

Isto porque a indústria do petróleo atende de forma quase que inter-relacionada perante todo o mundo, ou seja, não só as empresas produtoras, mas também as para-petrolíferas são empresas transnacionais, de forma que as empresas nacionais de menor porte têm a árdua tarefa de competir com empresas de alta expertise e poderio econômico.

Conseqüentemente, para que empresas locais tomem fôlego e musculatura para competir diante do referido cenário e, com isso, sejam capazes de competir nesse acirrado mercado, é que se faz necessário implementar uma política de incentivo à sua contratação (política de conteúdo local).

A política de conteúdo local, portanto, tem um viés de desenvolvimento nacional e poderá tanto ser implementada para fornecimento de bens, mas também de prestação de serviço, respectivamente, pela contratação de bens produzidos por empresas locais e pela contratação de cidadãos nacionais.

Para que haja sucesso nesta difícil e intrincada política desenvolvimentista, se faz necessário um acurado exame da capacidade das empresas locais para a produção de bens utilizados na indústria de petróleo e gás, bem como pela necessária qualificação dos cidadãos nacionais e, observadas as conclusões, se implemente uma política de conteúdo local que atenda aos seus objetivos.

Assim sendo, perante o panorama mundial se observa políticas de conteúdo local a partir do desenvolvimento de fornecedores locais, outros na capacitação e aumento da participação de colaboradores locais nas operações da indústria, outros ainda na transferência de tecnologia e inovação e ainda aqueles que optam pela participação na própria infraestrutura urbana como contrapartida.

Conceitualmente, o conteúdo local é um porcentual de compromisso de investimento em bens ou serviços produzidos localmente para atendimento da cadeia de valor então projetada, ou seja, é um compromisso assumido entre o estado e o particular que se obriga a fazer aquisições mínimas de bens e serviços produzidos em determinado território.

Este compromisso mínimo será, pois, razão de consequências que vão desde o benefício de vantagens/estímulos, por exemplo, a determinada isenção fiscal ou pontuação extra garantida em outro certame/oportunidade, mas também poderá ter uma característica punitiva vindo a gerar pagamentos de multas indenizatórias ou compensatórias por descumprimento contratual.

Ressalte-se, ainda, uma outra hipótese que é o conteúdo local ser considerado critério de julgamento em determinado pleito licitatório, cujo compromisso se estenderá por toda a vigência do contrato e que reverbera por toda a cadeia produtiva.

5. Cláusula de P, D&I

A indústria do petróleo está constantemente em busca de inovação tecnológica que possibilite o enfrentamento de enormes desafios operacionais de alto custo. O investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação faz parte intrinsecamente da indústria petrolífera na busca não só de novos conhecimentos que permitam extrair mais das reservas naturais (aumento do fator de recuperação das reservas), mas também na solução de problemas que possam surgir em determinada atividade exercida.

Outra faceta da indústria petrolífera é que toda a atividade profissional da força de mão de obra necessita de profissionais habilitados e com específicas qualificações que possibilite operações seguras e que preparem os profissionais para os imensos desafios de trabalhar na exploração e produção de petróleo e gás natural.

Neste sentido, vale destacar que às atividades petrolíferas ocorrem em ambiente hostil em campos petrolíferos *offshore* (no mar) ou *onshore* (em terra) de difícil acesso, ou seja, trata-se exercício de funções que exigem qualificação específica, tais como: espaço confinado; salvatagem; embarque e desembarque de aeronaves; brigadas de incêndio e de diversos cursos de prevenção de acidentes.

Dessa forma, fica evidente a necessidade de os atores dessa indústria implementarem políticas de aprimoramento objetivamente destinadas a promoção do conhecimento e de qualificação da força de trabalho.

Portanto, parece-nos evidente que o investimento em formação profissional e em novas tecnologias são elementos que merecem atenção especial e esforço dos atores da indústria na consecução dos objetivos desse complexo segmento econômico, eis que a inovação e a qualificação profissional são os caminhos para o resultado que se espera.

Partindo do pressuposto, novamente, da abrangência da indústria petrolífera, na qual importantes atores têm atuação multinacional, ou seja, participam desse mercado ao mesmo tempo em diversos países e que os países hospedeiros muitas vezes não possuem mercado para-petrolífero capaz de atender a toda gama de bens e serviços altamente especializados, os investimentos em P,D&I restam absolutamente necessários para o desenvolvimento socioeconômico e com possibilidades de promover empresas nacionais também no âmbito internacional.

Para o atingimento desse objetivo, há que se promover políticas públicas que busquem sacramentar a solução para que se vislumbre o referido desenvolvimento socioeconômico, através de mecanismos legais ou contratuais que, para além de incentivar, sejam compulsórios.

Cabe, pois, ao Estado como ente dotado de força, dado ser o real proprietário da riqueza (petróleo e gás natural) que se está a produzir, estimular com mão amiga os instrumentos que, em última análise, também se afigura de importante viés de responsabilidade social.

Portanto, a criação de mecanismos legais ou contratuais devem nortear a elaboração da obrigatoriedade de que os operadores de contratos petrolíferos de E&P direcionem parte do seu faturamento à investimentos específicos em ensaios de pesquisa, desenvolvimento e inovação, cujo benefício também lhe será útil tanto na solução de determinado problema concreto que enfrenta, seja na descoberta ou aperfeiçoamento de determinada tecnologia, ou mesmo na qualificação do seu capital humano de conhecimento.

Com o objetivo de implementar a política pública de P,D&I uma possibilidade é a inclusão de cláusula contratual nos contratos petrolíferos que determinem que empresas petrolíferas direcionem parte dos seus investimentos e de sua renda em Projetos de P,D&I, o que viabilizará os objetivos traçados, mas que, ao fim e ao cabo, também proporcionarão ganhos para a própria empresa investidora.

Dessa forma, é natural que as empresas petrolíferas se posicionem de acordo com tais necessidades para que obtenham ganho de produtividade e de economicidade em seus projetos exploratórios e de produção da riqueza mineral, sendo, desta forma, os programas de P,D&I promissores para os negócios e para que se almeje uma indústria robusta localmente.

O setor petrolífero no mais das vezes tem importante participação no Produto Interno Bruto (PIB) dos países produtores, sendo a indústria petrolífera reconhecidamente intensiva em capital e tecnologia, de forma que o a promoção do conhecimento científico é um importante elo da cadeia de valor proporcionado por essa atividade econômica.

Portanto, Projeto de P,D&I compreendem atividades implementados por cláusulas contratuais inseridas nos contratos petrolíferos que procurem estimular a formação de mão de mão de obra e a busca por desafios de criação e solução de vieses tecnológicos com vistas ao incremento da produtividade e economicidade.

Importante notar que tais mecanismos vinculados a contratos petrolíferos de longa duração possibilitam uma disponibilidade de investimento continuado e constante pelo período contratual, portanto capaz de sustentar a criação de um planejamento duradouro proporcionando a participação de toda a cadeia do setor.

Naturalmente que, quando se fala em toda a cadeia do setor petrolífero estamos a nos manifestar sobre a iniciativa privada e o mundo acadêmico, que juntos comporão o cenário pretendido do desenvolvimento socioeconômico ganhando a iniciativa privada e os formadores de conhecimento técnico-científico.

Como forma de concretizar os objetivos de capacitação empresarial das empresas para-petrolíferas, da força de mão de obra e da invenção tecnológica, o estado deverá implementar um programa que mais atenda ao perfil dos atores nacionais e que proporcione a maior abrangência possível, já que muitos são os serviços envolvidos na cadeia de valor da indústria petrolífera.

Assim o planejamento e fiscalização caberá ao Estado, então indutor da política de P,D&I, sempre na tentativa de verificar se o escopo de determinado Projeto atende quanto ao mérito, abrangência e relevância para promover os objetivos de capacitação de trabalhadores, de empresas nacionais e de inovação.

Obviamente que, para se concretizar e alavancar o conhecimento que se procura induzir pela política de P,B&I diversos fatores precisarão estar planejados sejam eles com na forma de construção de estruturas físicas, de logística, de pessoal e de bolsas de estudos, tudo com o objetivo direto de promover esse ramo econômico.

Pode-se, ainda, com o objetivo de criar uma saudável competição entre os atores envolvidos, se promover premiações aos projetos desenvolvidos que forem obedientes à política pública de P,D&I o que reforçará o gosto pela iniciativa além de possibilitar uma divulgação da especialização implementada, que poderá, assim, ser reconhecida em outras zonas petrolíferas até mesmo em âmbito internacional.

Nesta mesma possibilidade também se pode incluir moções de dedicação e destaque a profissionais especialistas do setor que efetivamente contribuíram com seu conhecimento para o fortalecimento da indústria petrolífera.

Na expectativa dos programas de formação profissional, estímulos para desenvolvimento de fatores que digam respeito ao corpo docente e discente, de fatores outros que busquem a interação dos projetos com as necessidades da indústria e a divulgação de estudos proporcionados devem ser observados para um salutar aproveitamento da formação profissional, cujo objetivo é sempre essencial para o país hospedeiro, sobretudo nos ainda em fase de desenvolvimento econômico e social.

Dessa forma, sob estes dois principais aspectos (i) programas de inovação tecnológica; e (ii) programas de formação profissional é que visualizamos o primordial alcance da política pública de P,D&I.

6. Conclusão

Por todo o exposto, é possível concluir que (a) os *royalties* de petróleo e gás natural são uma espécie de compensação financeira devida pela atividade econômica desenvolvida e que se baseia em um recurso natural, finito e não-renovável e que tem como principal meta prover à região impactada de um mecanismo que lhe possibilite empreender um desenvolvimento sustentável e duradouro (presente e futuro).

Paralelamente, a política de (b) Conteúdo Local tem como objetivo proporcionar a efetiva participação de empresas nacionais e dos próprios nacionais nos negócios realizados, cabendo ao estado induzir essa participação com mecanismos próprios que atribuam benefícios e incentivos para que se dê valor a atuação nacional como um todo.

Por último, tem-se que (c) a política de investimento em P,D&I possui magnífica importância, pois efetivamente vai dar o alicerce necessário para que políticas de conteúdo local tenham mais fôlego para serem implementadas, sendo sua obrigatoriedade de implementação fator que vai desenvolver o meio acadêmico, a inventividade e a qualificação profissional do capital humano dando azo a criação de empresas que, em última análise, atenderão às demandas das empresas petrolíferas que se comprometeram com índices de conteúdo local.

Estes três mecanismos constituem-se em regras que alcançam as principais, senão todas, vertentes que beneficiam a sociedade em seus aspectos socioeconômicos e de justiça intergeracional, através de um efetivo desenvolvimento setorial (público e privado), acadêmico e de qualificação profissional, sendo todos implementados na mesma condição de tempo e espaço, formando uma roda que girará para o futuro em bases sólidas, de conhecimento enraizado e profissionalmente competentes.

Portanto, além de todos os outros aspectos tributários que, no mais das vezes, são aplicados na circulação de produtos, prestação de serviço, na propriedade privada e obtenção de renda, a implantação da indústria petrolífera em determinado estado produtor possibilita ganhos talvez até mais eficazes, eis que insere a academia e a iniciativa privada no jogo dos negócios, com ganhos que poderão ir para além das fronteiras e ganhar o mundo do petróleo.

Parcerias Entre Poder Público e Instituições Privadas e Desenvolvimento Nacional

*PATNERSHIPS BETWEEN PUBLIC AUTHORITY AND
PRIVATE INSTITUTIONS AND NATIONAL DEVELOPMENT*

Bruna Alves de Souza

Advogada. Mestranda em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP, 2025). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP, 2018). Pós-Graduada em Gestão da Comunicação pela Universidade de São Paulo (USP, 2009). Graduada em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP, 2006).

Raphael Crocco Monteiro

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra (2017). Mestre em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo (2020).

Sumário

1. Introdução.
2. Superação do Subdesenvolvimento, aspectos econômicos e sociais.
3. Contratações públicas e parcerias entre Estado e instituições privadas voltadas ao desenvolvimento nacional e interesse público.
4. Conclusão.
5. Referências Bibliográficas.



Resumo

O desenvolvimento do País é objetivo central da Constituição Federal da República do Brasil de 1988. A Carta Magna brasileira, tal qual se observou mundialmente após a Constituição de Weimar, é constituição dirigente, que aponta soluções a conflitos presentes na sociedade até hoje. Nesse sentido, a realização de direitos sociais e a concretização do desenvolvimento nacional são objetivos fundamentais da República, mas ainda latentes. Urge o avanço nos dois âmbitos. Para tanto, além de estabelecer diretrizes, a Constituição Federal elenca instrumentos e formas para a superação do subdesenvolvimento. Nesta seara, consideram-se as parcerias entre o Poder Público e instituições privadas, *lato sensu*, como instrumentos interessantes ao desenvolvimento nacional, desde que voltadas ao interesse público.

Palavras-chave: Desenvolvimento nacional; Direitos Sociais; Ordem Econômica; Constituição; Parceria público-privada.

Abstract

*The development of the country is a central objective of the Federal Constitution of the Republic of Brazil of 1988. The Brazilian Constitution, as observed worldwide after the Weimar Constitution, is a leading constitution, which points out solutions to conflicts present in society until today. In this sense, the realization of social rights and the realization of national development are fundamental objectives of the Republic, but still latent. There is an urgent need to advance in both areas. To this end, in addition to establishing guidelines, the Federal Constitution lists instruments and ways to overcome underdevelopment. In this area, partnerships between the Public Power and private institutions are considered, *lato sensu*, as interesting instruments for national development, as long they are aimed at the public interest.*

Keywords: National development, Social Rights. Economic Order. Constitution, Public-private partnership.

1. Introdução

O Estado Social Democrático se volta ao desenvolvimento da nação em prol da dignidade e bem-estar de seus cidadãos. É uma das razões fundamentais pela qual, diferentemente do que defendem ou querem fazer crer os ultraliberais, o Estado na atualidade não deve ser minimizado. Ao revés, a Administração Pública tem amplo papel não só em manter o funcionamento do Estado capitalista, mas realizar objetivos que, após a Constituição de Weimar, em 1919, passaram a aparecer de maneira mais concreta e ampla nas cartas magnas do mundo ocidental democrático.

Nas palavras de Gilberto Bercovici, “A constituição de Weimar, como praticamente todas as constituições democráticas posteriores do século XX (...), incorporou em seu texto os conflitos econômicos e sociais, chamando formalmente a atenção sobre estas questões e determinando a necessidade de se encontrarem soluções constitucionalmente adequadas.”^[1]

Em paralelo, impulsionado pelas grandes guerras e pela crise de 1929, surge o Direito Econômico, que instrumentaliza o Estado para direcionar e intervir na economia. Fundamental para estes referidos momentos, tornou-se preene, como bem alertou Fábio Konder Comparato, ao afirmar que “A responsabilidade do Estado na vida econômica deixa de ser a exceção para transformar-se em princípio”^[2].

A Constituição Federal é constituição dirigente. Agrega direitos sociais e econômicos neste objetivo do desenvolvimento nacional e superação do

1. BERCOVICI, Gilberto. *Política econômica e direito econômico*. Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo v. 105, São Paulo, USP, jan./dez. 2010, p. 397.

2. COMPARATO, Fábio Konder. *O Indispensável Direito Econômico*. Revista dos Tribunais n° 353, São Paulo, RT, março de 1965, p. 464.

subdesenvolvimento, com apoio dos instrumentos do Direito Administrativo nos termos dos objetivos fundamentais elencados no artigo 3º da Constituição Federal brasileira de 1988. Daí porque o presente artigo trata das parcerias entre o Poder Público e o setor privado como instrumentos viabilizadores das duas frentes.

Com apoio nas normas do Direito Econômico e Administrativo, o Estado contratará melhor e se voltará ao desenvolvimento de mercado, bem como prestação de serviços público, a serviço das diretrizes constitucionais.

Do ponto de vista econômico e social, o objetivo de superação do subdesenvolvimento está traçado. Cabe à Administração Pública se valer dos instrumentos jurídicos disponíveis para os realizar. O enfoque presente são as parcerias entre o público e o privado, haja vista que ao ampliar o escopo do Estado, a Constituição Federal de 1988 concedeu tal prerrogativa como uma das formas de viabilizar as metas ali dispostas.

2. Superação do Subdesenvolvimento, aspectos econômicos e sociais

José Afonso da Silva reconhece, em linha com o dito por Bercovici, que o produto da Constituição Federal de 1988 coaduna com a Constituição de Weimar. Refletindo sobre a separação entre Direitos Sociais e Ordem Econômica, em que pese para admitir a força que ganham, afirma a interrelação entre elas, *verbis*:

Não é fácil estremar, com nitidez, os direitos sociais dos direitos econômicos. Basta ver que alguns colocam os direitos dos trabalhadores entre os direitos econômicos, e não há nisso motivo de censura, por que, em verdade, o trabalho é um componente das relações de produção e, nesse sentido, tem dimensão econômica indiscutível. A Constituição tomou partido a esse propósito, ao incluir o direito dos trabalhadores como espécie dos direitos sociais, e o trabalho como primado básico da ordem social (arts. 7º e 193). É posição correta.

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. (...) sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais números.^[3]

O autor indica também que direitos sociais são aqueles que se voltam à melhoria de condições de vida e igualdade entre os cidadãos.

Os ensinamentos de Alessandro Octaviani, ademais, são no sentido de afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é furtadiana. Para ele, a Ordem Econômica constitucional coaduna com as premissas de Celso Furtado, que defendeu que a superação do subdesenvolvimento implica a superação de dois problemas principais: internalizar os centros decisórios e eliminar as desigualdades.^[4]

Neste sentido indicamos que a Constituição Federal brasileira de 1988 definiu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no bojo do artigo 3º, sendo um deles a redução das desigualdades sociais, em evidente dirigismo do poder constituinte originário^[5].

3. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 287-321; p. 288

4. OCTAVIANI, Alessandro. Estudos, Pareceres e Votos de Direito Econômico. São Paulo: Singular, 2014, p. 85-95. Neste mesmo sentido, Fernando Facury Scaff indica que a atuação do Estado no campo econômico não pode ser ilimitada. A isonomia demanda o tratamento dos desiguais na medida de sua desigualdade, com vistas à redução dessas para promoção da liberdade igual. Assim, "(...) é da essência do Estado – essa organização criada pelo homem para o convívio social –, que haja distribuição de riquezas, sendo o orçamento o principal mecanismo para essa função. O singelo fato de que ao Estado é dado o direito de arrecadar de todos e gastar os recursos em prol de todos já demonstra essa atuação *funcional*, isto é, em prol da sociedade, do bem comum. O orçamento apenas espelha esse processo de forma mais nítida. Observe-se que tal caráter distributivo pode se revelar *concentrador* ou *dissipador*, tal como as forças *centrípetas* e *centrífugas* estudadas na física. Pode distribuir as riquezas de forma *centrípeta*, *concentrando-as*, ou de forma *centrífuga*, *redistribuindo-as*. O ideal é que, em um país que tenha fortes desigualdades sociais, o orçamento se revele centrífugo, (re)distribuindo as riquezas, e não as concentrando. No Brasil, a redução das desigualdades sociais foi considerada um dos fundamentos da ordem jurídica, e o direito financeiro é uma das principais forças para essa concretização. Será tanto mais republicano o orçamento, quanto mais centrífugo e dirigido para a redução das desigualdades sociais ele for" – SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e a busca da liberdade igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 277.

5. Nesse sentido: "O fundamento e medidas jurídicas para o exercício de tarefas é a constituição. Neste sentido, as tarefas do estado são *tarefas constitucionais*. Problema diferente será o de saber se, a nível constitucional, deve formular-se um catálogo de tarefas concretas ou se bastará reconhecer ao estado uma competência em branco, tendencialmente geral, deixando-se à *política normal* a concretização das tarefas. Um <<Estado em Branco>> afigura-nos um Estado materialmente deslegitimizado. Não admira, assim, que um conhecido juspublicista alemão, P. Häberle, pudesse recentemente considerar a constitucionalização de normas-fim como estatais. Dizer isto não significa aplaudir uma esgotante concretização de tarefas estatais a nível de uma lei fundamental nem significa que o desempenho de tarefas públicas implique uma monopolização estatal dessas mesmas tarefas" – CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. XIV e XV.

O entendimento do primeiro dos problemas deve ser visto no contexto em que os países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, estão na periferia da organização econômica global, sendo, na maior parte das vezes, influenciado por países desenvolvidos que estão no centro decisório de políticas globais, como, e.g., os Estados Unidos da América.

Esta dinâmica afeta não só este País, mas largamente os países subdesenvolvidos e os em desenvolvimento. Fortalecer centros de decisão internos que priorizem as empresas nacionais e tenham uma visão do país considerando os desafios regionais é fundamental para realização dos objetivos fundamentais constitucionalmente definidos. A priorização de empresas brasileiras na contratação pública, conforme prerrogativas constitucional e infraconstitucional, é um exemplo da relação possível entre os dois fatores.

Quanto ao segundo ponto, redução das desigualdades, a realidade fala por si. A mídia brasileira noticiou amplamente e com grande – e justo – grau de lamento, em dezembro de 2021, o Relatório sobre as Desigualdades Mundiais do *World Inequality Lab* (Laboratório das Desigualdades Mundiais).

O documento apontou que mais de metade da renda nacional é detida pelos 10% mais ricos, grupo este que ganha 29 vezes mais do que os 10% mais pobres. Quanto aos ativos, apenas 0,4% são de propriedade dos 50% mais pobres. O cenário não é otimista. “O relatório afirma que a desigualdade de riqueza cresceu no Brasil desde meados dos anos 90, em um contexto de desregulação financeira e falta de uma reforma fiscal mais ampla.”^[6]

O próprio relatório demonstra a distinção dos índices de desigualdade entre os países desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos. Comprova nitidamente o parecer de Furtado de que a busca pela redução da desigualdade é condição intrínseca à busca pelo desenvolvimento, como também objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, devendo

6. FERNANDES, Daniela. 4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório. *BBC News Brasil*, Paris, 7 dez. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>. Acesso em: set. 2022.

o Estado, notadamente os Poderes Executivo e Legislativo, valerem-se de instrumentos bastantes para este mister.

Para que se melhor demonstre adiante o que aqui se alega, apoie-se no seguinte ponto. O trabalho e pleno emprego, v.g., constitui em instrumento relevantíssimo para a superação do subdesenvolvimento, uma vez que é a porta de entrada da população para a produção e desenvolvimento da macroeconomia.

A par da sua não indicação expressa como objetivo fundamental da República no artigo 3º da Constituição Federal, o trabalho e o pleno emprego mereceu tratamento especial nos títulos constitucionais correspondentes aos Direitos Sociais e à Ordem Econômica.

No capítulo II, intitulado “Dos Direitos Sociais”, mereceu vir expresso da seguinte forma:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o **trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

No título VII da Constituição Federal, que recebeu o nome de “Da Ordem Econômica e Financeira”, segundo Washington Peluso Albino de Sousa, aprimorado na técnica, abrangência e substância da matéria^[7], o art. 170, que define os fundamentos da referida ordem, assim dispõe (em sua atual redação):

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do **trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

7. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 207-235

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

O Estado não pode cumprir tais objetivos se ausentando. Lea Vidigal, nesse sentido, indica:

Assim, o objeto da política econômica da periferia do sistema (o chamado Terceiro Mundo) é o complexo desafio de superar o subdesenvolvimento, desatando as amarras da dependência externa por meio (i) de estratégia de industrialização integração do mercado interno, com geração de capacidade tecnológica, e (ii) da estruturação do acesso da população à condições sociais dignas e à participação na vida política, permitindo a cada cidadão oferecer o melhor do seu talento para a construção da Pátria, e a cada nação escrever o seu destino e o ocupar o seu espaço no concerto mundial.^[8]

Como se vê, os direitos sociais e econômicos se coadunam para superação do subdesenvolvimento da nação.^[9]

8. VIDIGAL, Lea. *BNDES: um estudo de Direito Econômico*. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 40.

9. Nesse sentido: “Em uma perspectiva finalista, de acordo com o espanhol Oscar Asenjo,⁴⁹ a constituição econômica tem por funções a ordenação da atividade econômica, a satisfação das necessidades sociais e a direção do processo econômico geral. A estas funções pode ser acrescentada, no caso da constituição brasileira de 1988, a função de reforma ou transformação estrutural. A função de ordenação da atividade econômica diz respeito à instituição da ordem pública econômica, ou seja, das regras do jogo econômico, especialmente as limitações à liberdade econômica. Como exemplo, pode-se mencionar a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio-ambiente, a repressão ao abuso do poder econômico (artigos 170, III, IV, V, VI 173, §4º entre outros, da Constituição de 1988)” – in BERCOVICI, Gilberto. *Política econômica e direito econômico*. Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo v. 105, São Paulo, USP, jan./dez. 2010, p. 402.

No entanto, é sabido que falta ao Estado a vascularização necessária para o atingimento dos objetivos constitucionalmente definidos. Ademais, as regras orçamentárias, no geral, já estão vinculadas a propósitos próprios, como, e.g., as dotações para pagamento de pessoal e o pagamento do serviço da dívida^[10].

Voltando-nos à satisfação das necessidades sociais e à direção do processo econômico geral, o Estado Brasileiro deverá gerir o mercado financeiro tanto por meio de regulações, quanto por meio da participação nele, seja por meio da Administração Pública Direta ou Indireta.

Dentre os vários instrumentos de ação do Estado no domínio econômico, escolhemos tratar, no presente trabalho, das contratações públicas e das parcerias entre o Poder Público e instituições privadas, ambas voltadas ao desenvolvimento e ao atingimento do interesse público. Passemos a analisá-las.

3. Contratações públicas e parcerias entre Estado e instituições privadas voltadas ao desenvolvimento nacional e interesse público

Constata-se que, desde meados dos anos 1990, há um crescimento vertiginoso da relação entre o Poder Público e instituições da sociedade civil.

De proêmio, cumpre observar que a utilização do termo “instituições” se faz no presente trabalho de maneira genérica, a fim de fazer referência a qualquer instituição que possa firmar parceria com o Poder Público, quais sejam, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas privadas, organizações sociais etc.

Como visto em linhas anteriores, a Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe em seu bojo diversos comandos voltados ao desenvolvimento nacional. A superação das chagas do subdesenvolvimento mereceu uma atenção especial

10. São as chamadas “cláusulas pétreas orçamentárias” por Fernando Facury Scaff: as dotações para pagamento de pessoal e seus encargos, o pagamento do serviço da dívida, as imunidades tributárias, as vinculações orçamentárias para custeio dos direitos fundamentais e o sistema de precatórios – *in* SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e a busca da liberdade igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 323 et seq.

do constituinte originário, que tratou de regras gerais e específicas de atuação do Estado na economia, bem como a vinculou ao cumprimento dos objetivos fundamentais da República, descritos no artigo 3º do texto constitucional^[11].

O desenvolvimento nacional, como é natural, não interessa apenas ao Estado ou à população mais miserável. As condições adversas do contexto socioeconômico limitam sobremaneira as perspectivas de rentabilidade e de lucro a longo prazo, notadamente quando há a pretensão de internacionalização dos negócios.

Em outras palavras, quando o cenário econômico não está favorável, muito provavelmente os negócios não se desenvolverão adequadamente, ainda mais em um cenário de globalização^[12].

Podemos trabalhar, então, com a noção de responsabilidade social da empresa, o que não se confunde com “função social”. Bem se sabe que a empresa possui função social relevante no meio social. Ela recolhe tributos e gera empregos, contribuindo com o desenvolvimento do país tanto no aspecto social quanto econômico, como acima relacionado.

No entanto, a empresa, como aglutinadora de poder financeiro, *expertise* e detentora dos meios de produção, possui capacidade de devolver mais à sociedade do que tributos e geração de empregos: ao contratar com o poder público, ela pode colaborar com as expectativas de equilíbrio, de justiça e de desenvolvimento econômico, a depender do escopo da parceria, conforme exemplos adiante trazidos. Trata-se de uma relação proveitosa para ambos:

11. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

12. Nesse sentido: “As mudanças sociais provocaram a ampliação do conceito de responsabilidade social da empresa. Por exemplo, a elevação do nível de escolaridade da população e o seu mais fácil acesso às informações estimularam a consciência de direitos do consumidor, obrigando as empresas a se responsabilizarem pela qualidade do seu produto e a aperfeiçoarem seu relacionamento com o mercado” – FISCHER, Rosa Maria. *Estado, mercado e terceiro setor: uma análise conceitual das parcerias intersetoriais*. Revista de Administração – RAUSP, v. 40, n. ja/mar. 2005, p. 5-18, 2005. Acesso em: 29 set. 2022.

“É importante compreender que o motivo pelo qual as parcerias são hoje espreiadas na administração pública brasileira corresponde à da fundamentação da vinculação público-privada. Afinal, por que o poder público firma parcerias? Quais são as benesses da associação público-privada que determinam a aproximação entre parceiros públicos e privados?

A questão é provocativa e sofisticada, pois não admite respostas categóricas. A depender do tipo de atividade e da estrutura burocrática estatal, o ímpeto de busca pelas parcerias pode variar significativamente. Muitas vezes, as parcerias com o terceiro setor são firmadas com a finalidade de otimizar a eficácia de uma determinada política pública, pois, por pressuposto, as organizações que se beneficiarão de fomento para promover a atividade de interesse público estão mais próximas aos destinatários da política e, assim, são mais conhecedoras das necessidades e das melhores práticas para a prestação da utilidade de modo mais eficiente. Certamente uma motivação diferente das parcerias envolvendo as empresas estatais¹³.

As instituições da sociedade civil, mormente as empresas, então, possuem um papel muito mais relevante do que apenas recolher tributos e gerar empregos e potencial que deve ser melhor explorado na contratação pública. Essas entidades são dotadas de potencial elevadíssimo para contribuir de maneira relevante para o desenvolvimento nacional.

O Estado, por seu turno, é o direcionador por excelência do desenvolvimento econômico e social. Dentro da estrutura federativa, cabe aos Entes da Federação a promoção das atividades necessárias à concretização dos objetivos fundamentais indicados no artigo 3º da Constituição Federal brasileira de 1988, nos âmbitos das competências constitucionalmente definidas.

Contudo, a máquina estatal não é, e nem poderia ser, suficientemente difusa e vascularizada no território nacional, tampouco alcança, *per se*, pleno êxito no desenvolvimento nacional.

13. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Empresas estatais e parcerias institucionais*. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016, p. 59-92. Acesso em: 29 set. 2022.

O desenvolvimento nacional se relaciona com um conceito que é caro ao Direito Administrativo: o interesse público. Consideramos que é em prol dele que devem ser trabalhadas as parcerias público-privadas.

Apesar de sua natureza imprecisa, consideramos como interesse público, neste trabalho, o desenvolvimento econômico e social e a consecução dos objetivos fundamentais da República.

Este deve ser o norte de toda e qualquer ação perpetrada pelo Estado brasileiro. E, através da celebração de parcerias com as diversas instituições de natureza civil, passa-se a elas o mesmo direcionamento: o atingimento do interesse público.

Existem muitas formas pelas quais o Poder Público pode se aliar com entidades privadas para a consecução dos objetivos fundamentais. A par das concessões e privatizações, parece-nos que a parceria público-privada é instrumento legal fundamental ao ideal desenvolvimentista preconizado pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

Isto porque, enquanto a concessão tradicional delega ao privado a gestão ou administração de algo público e a privatização vende ao particular o bem público, a parceria público-privada procura se valer da participação da instituição em conjunto com o Poder Público (e, conseqüentemente, das verbas de ambos).

A Lei Federal nº 11.079/2004, que inaugurou as parcerias público-privadas, foi inspirada no modelo da *Private Finance Initiative (PFI)* da Inglaterra^[14]. Atualmente, as principais condições para as parcerias são (i) a prestação com duração entre 5 (cinco) e 35 (trinta e cinco) anos e (ii) o valor do contrato ser superior a 10 (dez) milhões de reais. Além disso, a parceria pode ser desenvolvida com ou sem o direito à remuneração decorrente do serviço público, dependendo da particularidade da parceria firmada^[15].

14. ALIYASKAROV, Yerlan. *Private finance initiative: role in provision of public infrastructure*. Moldova Republic: LAP Lambert Publishing, 2010.

15. Nos termos dos artigos 2º e 5º da Lei nº 10.079/2004.

Importante ressaltar, neste passo, que há substancial diferença entre as parcerias público-privadas, as concessões e as privatizações. Na concessão comum, a tarifa cobrada do usuário já é suficiente para a remuneração do prestador do serviço. Na privatização, vende-se o bem público ao privado, que, a partir daí, será responsável pela gestão do que comprado. Nas parcerias público-privadas, firma-se uma parceria para que o capital privado seja utilizado como investimento, mas o bem, via de regra, continua sendo público.

Dentre outras vantagens da parceria público-privada, destaque-se a profissionalização da gestão de serviços, redução de custos de serviços por meio de fontes alternativas de investimento, e, claro, a geração de empregos. Estas são consequências diretas das parcerias; todavia, as que mais nos parecem interessantes de serem consideradas são os impactos sociais e econômicos decorrentes deste instrumento preconizado pelo Direito Administrativo.

Firmar parcerias com o empreendedorismo privado pode ser altamente vantajoso ao Estado, especialmente em contextos de crises econômicas, onde o recurso privado serviu à indução de investimentos importantes para empreendimentos e projetos estratégicos. Reconhece-se, inclusive, a possibilidade de parcerias entre empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas privadas:

O direito administrativo brasileiro prima por se desenvolver sobre grandes dicotomias, a exemplo do interesse público vs. interesse privado, serviço público vs. atividade econômica e autoridade vs. liberdade. Na temática da delegação de serviços públicos, a separação entre prestação direta e prestação indireta pode levar à precipitada conclusão de que as empresas estatais, como corolário da atuação direta estatal na economia, seriam refratárias às parcerias público-privadas (tomadas em sentido amplo). Admitir a possibilidade de as empresas estatais travarem contratos com os particulares não significa necessariamente alocá-las no fenômeno das parcerias entre poder público e particulares, pois, em muitos contratos, o parceiro privado não

passaria de simples prestador de serviço, fornecedor de bem ou executor de obra, estando alheio ao modo de condução dos negócios pelas estatais^[16].

Há na doutrina certa divergência a respeito dos reflexos das parcerias entre o Estado e entes privados. Enquanto alguns defendem que a administração da parceria eleva o modo público de gestão a padrões positivos e dinâmicos da forma privada^[17], outros entendem que a parceria, notadamente aquela de prazo mais alongado, acaba por deixar a empresa privada dependente do recurso público, reduzindo a sua capacidade de produzir outros resultados promissores na sociedade como um todo^[18].

É possível mencionar, por fim, que as empresas podem contribuir sobremaneira com a cultura e o desenvolvimento social, através de institutos e organizações de finalidade social.

Alguns casos de sucessos das parcerias-público privadas são os metrô da

16. E prossegue o autor: “Firmar parcerias com o empresariado privado pode ser altamente vantajoso às empresas estatais. Especialmente em um contexto de crise fiscal, um dos fatores que conduziram à Reforma do Estado, as parcerias serviram à indução de recursos privados nas sociedades de economia mista, o que é especialmente caro viabilizar empreendimentos e projetos estratégicos. O caso da CEMIG é exemplar: mediante a incorporação de um parceiro estratégico em sua estrutura societária, devidamente disciplinada por acordo de acionistas, a CEMIG dispôs de recursos em caixa para custear investimentos com infraestrutura energética no Estado de Minas Gerais. Os resultados, tanto no seu crescimento como nos ganhos de eficácia, parecem demonstrar o acerto da iniciativa”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Empresas estatais e parcerias institucionais*. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016, p. 59-92. Acesso em: 29 set. 2022.

17. Nesse sentido: “Igualmente relevante é o dado de que as parcerias com o setor privado automaticamente aproximam as empresas estatais da dinâmica empresarial privada, afastando-se um pouco do modo de gestão pública da máquina estatal. Notadamente, as empresas estatais passam a utilizar com maior ênfase instrumentos privados para desenvolver suas atividades públicas, seja porque o próprio vínculo de parceria demanda o emprego desses instrumentos, seja porque o parceiro privado pode influenciar no planejamento estratégico da empresa. Como consequência, as empresas estatais terminam por se tornar mais competitivas nos mercados em que atuam. Podemos então afirmar que a ideia de parceria entre entes privados e entes públicos envolve um aprofundamento ainda maior do conceito de cooperação e de parceria entre a administração e a iniciativa privada, por meio do qual se celebra efetiva sociedade – de fato ou de direito – de interesses, benefícios e prejuízos. A entabulação de parceria estratégica corresponderia, assim, à associação entre uma empresa pública com uma empresa privada para a execução de determinado empreendimento, ou seja, para a realização de todo o planejamento e investimentos necessários ao desenvolvimento de determinado ramo de negócios ou atividade” - in MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Empresas estatais e parcerias institucionais*. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016, p. 59-92. Acesso em: 29 set. 2022.

18. Nesse sentido: “Além do mais, se existe uma potencial evolução, conforme sugerido por Young (2000), das organizações associativas da sociedade civil, desde os grupos fechados em si mesmo, passando por aqueles que produzem bens que transbordam além do círculo de seus membros, até aquelas que interferem na política estatal ou nas práticas das empresas, vale questionar se, a partir do momento que as parcerias são firmadas, estas organizações da sociedade civil não ficam estagnadas no nível de atuação em que se encontravam no momento do contrato. Conforme visto, há uma tendência destas organizações buscarem obter mais recursos do Estado e consequentemente assimilarem o *modus operandi* do setor público. Neste caso, mais uma vez, ao invés de fortalecer a sociedade civil, corre-se o risco de enfraquecê-la, suprimindo o desenvolvimento de organizações com potencial de atuar em instâncias mais amplas, como na intervenção em políticas estatais ou empresariais. Um exemplo é o caso descrito por Campos e Mendonça (2010), em que ONGs desempenhavam o importante de papel de fazer o controle social sobre a política de saúde, ao passo que as novas parcerias formadas com o governo, em alguns casos, as impeliam para outra direção” - in BAIÃO, Alexandre Lima; PECCI, Alketa; COSTA, Caio César de Medeiros. *Parcerias entre Estado e Sociedade Civil na perspectiva do capital social*. Organizações & Sociedade, [S.I.], v. 22, n. 74, 2015, p. 345-365. Acesso em 29 set. 2022.

linha 4 (quatro) – amarela, da Cidade de São Paulo e o metrô de Salvador e Lauro de Freitas. Como se vê, parcerias voltadas amplamente ao desenvolvimento econômico e social, tendo em vista que resultam na realização de inúmeras diretrizes constitucionais: garantia do direito de ir e vir, acesso à educação, trabalho, fomento à industrialização, entre outros.

A primeira, ao longo de 12 (doze) anos de parceria, levou ao investimento de 1,64 bilhão em equipamentos e tecnologia, bem como transporta mais de 700 (setecentas) mil pessoas por dia. Em Salvador, foram construídos mais de 33 (trinta e três) quilômetros de linha metroviária, responsável, em 2018, pelo transporte de 280 (duzentos e oitenta) mil pessoas por dia. Ambas tiveram participação de entidades privadas e geraram benefícios diversos para a população^[19].

É certo, ademais, que toda e qualquer parceria entre Poder Público e instituições de caráter privado devem se submeter à fiscalização dos órgãos responsáveis, notadamente os Tribunais de Contas, bem como às boas práticas da governança^[20]. Isto porque a simples participação do Poder Público e, conseqüentemente, da verba pública na parceria atrai, com força bastante, os princípios norteadores da administração pública previstos no artigo 37 da Constituição Federal brasileira de 1988, inclusive o princípio da eficiência.

Outros tantos exemplos poderiam ser providos e são debatidos no Direito Administrativo, como a prioridade de contratação de empresas nacionais ou

19. Disponível em: <<https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/metros-sao-paulo-salvador-modelos-ppps-bem-sucedidos>>. Acesso em 29 set. 2022.

20. “A boa governança, neste sentido, constitui princípio que, para Canotilho, significa *princípio da boa condução responsável dos assuntos do Estado*. A boa governança possui sentido mais pragmático do que outros conceitos com ele intimamente relacionados, como os direitos humanos e a democracia. Seu fundamento axiológico é a dignidade da pessoa humana, que tem como pedra de esquina o princípio da igualdade, em suas múltiplas facetas. Outrossim, a boa governança é princípio intimamente relacionado com o princípio da eficiência. Previsto expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, direciona-se, de acordo com Alexandre de Moraes, à efetividade do bem comum, à imparcialidade, à transparência, à neutralidade, à eficácia, à desburocratização, à participação e aproximação dos serviços públicos e à busca da qualidade. (...) A boa governança, ademais, engloba a ideia de democracia financeira, ou seja, a utilização das finanças públicas para a promoção dos direitos e garantias fundamentais, bem como na manutenção de um Estado (Social e) Democrático de Direito. (...) A efetivação da justiça financeira envolve-se intimamente com a concretização da boa governança e, portanto, com a manutenção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Através de uma boa administração das finanças públicas, o Poder Público terá dinheiro em caixa para a implementação de programas sociais e incrementar a *performance* dos órgãos responsáveis pela prestação de serviços públicos. Neste sentido, é perfeitamente possível se afirmar que a boa governança e a efetivação da justiça financeira se coaduna, também, com um princípio caro de Direito Administrativo: da observância irrestrita do *interesse público primário* (este percebido como o interesse da própria coletividade), bem como de sua prevalência frente ao interesse público secundário e ao interesse particular” – in MONTEIRO, Raphael Crocco. *Tribunal de Contas da União como tribunal da boa governança na manutenção dos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 11, n. 38, p. 111-138, maio/ago. 2017.

empresas de pequeno porte/microempresas como forma não só de realizar as pretensões da Administração Pública, mas como forma de fomentar o desenvolvimento do mercado interno brasileiro. É o que se defende.

Não se pretende, neste singelo artigo, esgotar a temática proposta; e nem seria possível, ante a alta complexidade do assunto. Entretanto, em linhas gerais, parece-nos adequada a ideia de que a instituição privada possua capacidade de contribuir muito mais com o desenvolvimento por meio do trabalho conjunto com o setor público. Como aglutinadoras de recursos, é possível, mediante aliança com o Estado, contribuir sobremaneira com o desenvolvimento econômico e social e com o atingimento dos objetivos fundamentais da República previstos no artigo 3º da Constituição de 1988.

4. Conclusão

Como se vê, a Constituição Federal de 1988 ampliou, acertadamente, as ambições do Estado Brasileiro, fixando objetivos fundamentais que são verdadeiros desafios aos Poderes constituídos. A realização dos direitos sociais e da ordem econômica são, talvez, as maiores pretensões do texto, notadamente voltadas ao desenvolvimento nacional.

Dada a falta de capilaridade na tessitura social e à incapacidade do Estado, *per se*, de propiciar o desenvolvimento social e econômico, as diversas instituições da sociedade civil, aglutinadoras de poder financeiro e *expertise* e detentoras dos meios de produção de capital, podem ultrapassar sua contribuição orgânica nas searas tributária e de geração de empregos para um novo patamar.

O atingimento do interesse público é questão sofisticada que vem merecendo, há décadas, atenção de muitos estudiosos do Direito Público. A contratação pública e a parceria público-privada, nesse sentido, constitui-se importante instrumento da ordem jurídica brasileira capaz de unir o direcionamento da economia exclusiva do Estado com a capilaridade e poder financeiro das instituições privadas em prol do desenvolvimento social e econômico.

O que se pretendeu defender no presente artigo é que a relação Estado-instituições privadas, pelas diversas maneiras de parceria público-privada, não só é fundamental para o atingimento do interesse público, mas instrumento jurídico de enorme potencial para fomentar o desenvolvimento nacional.

Assumindo comprometimento estratégico dentro dos limites constitucionais e de governança, a aludida relação pode propagar conceitos de cidadania responsável e viabilizar programas e projetos sociais específicos, influenciando políticas públicas que direcionam processos de mudanças estruturais dos contextos social e econômico do país, em importante contribuição para a transformação social.

5. Referências Bibliográficas

ALIYASKAROV, Yerlan. *Private finance initiative: role in provision of public infrastructure*. Moldova Republic: LAP Lambert Publishing, 2010.

BAIÃO, Alexandre Lima; PECCI, Alketa; COSTA, Caio César de Medeiros. *Parcerias entre Estado e Sociedade Civil na perspectiva do capital social*. Organizações & Sociedade, [S.l.], v. 22, n. 74, 2015, p. 345-365. Acesso em 29 set. 2022.

BERCOVICI, Gilberto. *Política econômica e direito econômico*. Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo v. 105, São Paulo, USP, jan./dez. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Indispensável Direito Econômico*. Revista dos Tribunais nº 353, São Paulo, RT, março de 1965.

FERNANDES, Daniela. *4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório*. BBC News Brasil, Paris, 7 dez. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>. Acesso em: set. 2022.

FISCHER, Rosa Maria. *Estado, mercado e terceiro setor: uma análise conceitual das parcerias intersetoriais*. Revista de Administração – RAUSP, v. 40, n. ja/mar. 2005, p. 5-18, 2005. Acesso em: 29 set. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Empresas estatais e parcerias institucionais*. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016, p. 59-92. Acesso em: 29 set. 2022.

MONTEIRO, Raphael Crocco. *Tribunal de Contas da União como tribunal da boa governança na manutenção dos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 11, n. 38, p. 111-138, maio/ago. 2017.

OCTAVIANI, Alessandro. *Estudos, Pareceres e Votos de Direito Econômico*. São Paulo: Singular, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e a busca da liberdade igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTR, 2003.

VIDIGAL, Lea. *BNDES: um estudo de Direito Econômico*. São Paulo: LiberArs, 2019.

Direito da Concorrência em Angola: novos desafios e novos começos

*COMPETITION LAW IN ANGOLA:
NEW CHALLENGES AND NEW BEGINNINGS*

Miguel Marques de Carvalho

Advogado; Sócio na Miranda &
Associados; LL.M em Direito da
Concorrência pelo King's College London.

Idalett Sousa

Advogada; Sócia na Fátima Freitas &
Associados; Licenciada em Direito.

Sumário

1. As vantagens de um regime de protecção da concorrência.
2. Aspectos mais relevantes do Regime Jurídico da Concorrência de Angola.
3. Desafios para o futuro.



Resumo

Este artigo está dividido em três partes. A primeira parte centra-se nas vantagens da adopção de regimes jurídicos de protecção da concorrência em países com economias de mercado. Sublinha-se, em particular, que o direito da concorrência promove a eficiência económica em benefício dos consumidores e da economia em geral. Em seguida, são apresentados os traços caracterizadores do novo Regime Jurídico da Concorrência de Angola, incluindo uma panorâmica das normas materiais e procedimentais mais relevantes, assim como uma análise dos fundamentos e alcance de tais normas. A finalizar, são feitos breves comentários sobre os desafios que se colocam, para futuro, quer à Autoridade Reguladora da Concorrência, quer ao legislador.

Palavras-chave: Concorrência; economia; direito; desafios; oportunidades.

Abstract

This article is divided into three parts. Firstly, the article draws attention to the advantages of the adoption of competition law regimes in countries with a market economy. It stresses, in particular, the fact that competition law promotes economic efficiency to the benefit of consumers and of the economy in general. The article then describes the main features of the new Angolan Competition Regime, presenting an overview of the most relevant substantive and procedural rules as well as insights into the rationale that underpins such rules. Finally, a number of remarks are made on the challenges that lie ahead, both for the Competition Regulatory Authority and for the legislator.

Keywords: Competition; economy; law; challenges; opportunities.

1. As vantagens de um regime de protecção da concorrência

Desde o seu surgimento em vestes modernas nos Estados Unidos da América, no final do século XIX, o direito da concorrência tem-se globalizado a um ritmo e a uma escala que podem ser considerados impressionantes, sobretudo a partir da década de 90 do século passado^[1].

As regras de protecção da concorrência visam assegurar, em jurisdições que optaram pela economia de mercado como sistema económico, que os mercados promovam a eficiência económica, visando, a final, o bem-estar dos consumidores. Como é que esta finalidade se alcança? Criando as condições para que o processo concorrencial funcione, por forma a gerar uma oferta de produtos e serviços diversificada, com qualidade, inovação e preços competitivos.

O direito da concorrência visa, pois, prevenir e punir as acções de empresas que contrariem os objectivos da economia de mercado, seja concertando com concorrentes preços ou quantidades de produtos colocadas no mercado, seja abusando do seu poder de mercado, através da exclusão de concorrentes eficientes ou da exploração directa de clientes.

Em suma, a finalidade do direito da concorrência é a protecção do processo concorrencial. Actualmente, qualquer país com alguma dimensão, que tenha uma economia de mercado, tem de prever regras que protejam o processo concorrencial, ou seja, tem de ter um direito da concorrência. Trata-se de um factor fundamental para promover um “ambiente de negócios” que

1. Como refere a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, há atualmente mais de 125 jurisdições em todo o mundo com regimes jurídicos de protecção da concorrência. Cf. OECD (2020), OECD Competition Trends 2020 <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>

gere empresas mais eficientes e que permita uma melhor alocação de recursos com vantagens para os consumidores, em matéria de diversidade de oferta, preços mais competitivos e inovação. É também um factor muito relevante para atracção de investimento estrangeiro, na medida em que as empresas internacionais saberão que poderão contar com regras justas, um level playing field, no mercado em que pretendam investir.

A experiência histórica demonstra que o direito da concorrência contribui para o desenvolvimento económico, precisamente porque obriga as empresas a serem mais eficientes no seu esforço de conquista de clientes e de mercados. Todos jogam com as mesmas regras e são os mais eficientes que acabam por ter maior quota de mercado.

Naturalmente que esse processo de valorização da eficiência económica pode acarretar custos sociais, como o desemprego, caso uma empresa ineficiente seja obrigada a sair do mercado por não ter capacidade de competir com outras mais eficientes. Por vezes, tudo se reduz a uma questão de falta de escala, que não permite a uma empresa competir com as suas rivais.

Como também não pode excluir-se que, no seu afã de conquista de mercado, certas empresas descurem certas regras de conduta, por exemplo em matéria de segurança alimentar ou ambiental.

Ou seja, não se ignora que processos concorrenciais dinâmicos, como os que o direito da concorrência visa promover e proteger, possam gerar “externalidades negativas”.

Mas é importante notar que o direito da concorrência não funciona numa ilha. Há outros regimes jurídicos concomitantes, como o direito do ambiente, as regras relativas a segurança alimentar, etc., que as empresas também têm de cumprir.

Por outro lado, quanto aos possíveis impactos sociais - e, reflexamente, económicos - do processo concursal, deve ser ponderada a utilização de outros instrumentos de política económica, como o apoio financeiro a

empresas de menor dimensão que sirvam certos propósitos relevantes, que podem ir da protecção do comércio local até à promoção do emprego ou de ganhos ambientais^[2].

No essencial, o direito da concorrência contribui para que as empresas sejam mais eficientes. Com isso, ficam a ganhar os consumidores, mas também a economia em geral.

Foi certamente atendendo a esta realidade que Angola decidiu criar, em 2018, o seu próprio Regime Jurídico da Concorrência, no quadro de um esforço, apoiado pelo Fundo Monetário Internacional, de dinamização da economia do país.

O propósito parece ser o de dotar o direito angolano de instrumentos que permitam o desenvolvimento de uma economia de mercado robusta e concorrencial, a benefício do crescimento económico e dos consumidores.

2. Aspectos mais relevantes do Regime Jurídico da Concorrência de Angola

O direito da concorrência está plasmado num conjunto de diplomas, destacando-se, pela sua relevância e centralidade, a Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 5/18, de 10 de Maio, e o Regulamento da Lei da Concorrência, aprovado pelo Decreto Presidencial n.º 240/18, de 12 de Outubro. São estes dois diplomas que consagram o essencial do Regime Jurídico da Concorrência de Angola, embora haja outros diplomas que completam o Regime. Este Regime tem duas dimensões relevantes, a saber, a dimensão institucional; e a dimensão material e procedimental. Vejamos cada uma delas com alguma atenção:

2. Sobre a relação dos objectivos de política de concorrência com outras políticas públicas, veja-se, por todos, Massimo Motta, *Competition Policy - Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, pp. 17-30.

2.1. Dimensão Institucional

No direito da concorrência de Angola, a entidade responsável pela aplicação das regras de concorrência é a Autoridade Reguladora da Concorrência (“ARC”). Trata-se de uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa, financeira, patrimonial e regulamentar, que se enquadra nos Institutos Públicos do Sector Económico ou Produtivo^[3]. É esta a entidade administrativa, em funcionamento pleno desde 2019, que tem a missão de assegurar o respeito em Angola pelas regras de promoção e defesa da concorrência.

No âmbito da sua actividade, a ARC tem poderes sancionatórios, que consistem em punir comportamentos das empresas que violem as regras previstas no Regime Jurídico da Concorrência. Como sucede com o direito da concorrência português^[4] e com o direito da União Europeia (“UE”), o legislador de Angola adoptou um sistema monista, em que a função de investigação de eventuais práticas restritivas da concorrência e a função sancionatória estão concentradas na mesma entidade^[5].

Outra dimensão relevante da actuação da ARC consiste no exercício de poderes de supervisão que passam, desde logo, pela fiscalização da actividade das empresas no mercado e pelo controlo prévio de operações de concentração (fusões, aquisições e criação de empresas comuns). Mas tais poderes de supervisão estendem-se ainda a outras actividades de observação e análise do mercado, como a realização de estudos sectoriais, inspecções e auditorias.

Finalmente, a ARC tem ainda poderes de regulamentação, cabendo-lhe o poder de aprovação de regulamentos previstos na Lei da Concorrência e no

3. Cf. Artigo 1.º, n.º 2, do Estatuto Orgânico da Autoridade Reguladora da Concorrência, aprovado pelo Decreto Presidencial, n.º 313/18, de 21 de Dezembro.

4. Sobre os poderes da Autoridade da Concorrência portuguesa, ver José Luís da Cruz Vilaça e Miguel Marques de Carvalho, anotação ao art. 5.º (Autoridade da Concorrência), em AA.VV., Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense (coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio), 2ª Edição, Almedina, 2017, pp. 132-148.

5. Exemplos de opção dualista podem ser encontrados em vários países, como a Austrália ou a Irlanda. É também o modelo dos Estados Unidos da América, no que concerne a processos de antitrust dirigidos pelo Department of Justice.

Regulamento da Lei da Concorrência, que visem desenvolver e executar certas regras previstas naqueles diplomas. É o caso, por exemplo, do Regulamento do Formulário de Denúncias sobre Práticas Restritivas da Concorrência, do Regulamento do Regime de Clemência ou do Regulamento dos Formulários de Notificação de Actos de Concentração de Empresas.

2.2. Dimensão Material e Procedimental

As normas de direito da concorrência de Angola apresentam grandes semelhanças com as normas de concorrência portuguesa, que, por sua vez, têm na sua génese o direito da concorrência da UE, como não poderia deixar de ser.

Esta similitude compreende-se pela proximidade histórica e cultural dos sistemas jurídicos dos dois países, mas também se entende de uma perspectiva mais estritamente centrada no direito da concorrência. Com efeito, o direito da concorrência, à medida que se vai globalizando, vai tendendo a apresentar soluções normativas aproximadas nas diferentes jurisdições – ainda que com especificidades. Sendo o direito da concorrência da UE um dos mais consolidados no mundo e considerando as afinidades culturais e jurídicas entre Angola e Portugal, não é de estranhar que se verifique essa semelhança. De resto, o mesmo sucede, por exemplo, com Moçambique.

O direito da concorrência de Angola, do ponto de vista material e procedimental, divide-se em duas áreas fundamentais, o controlo de práticas restritivas da concorrência e o controlo de operações de concentração^[6].

2.3. Controlo de práticas restritivas da concorrência

Há uma vertente do direito da concorrência que é sancionatória. As normas de concorrência, nesta vertente, descrevem condutas proibidas por serem restritivas da concorrência, sendo o controlo de legalidade da conduta

6. Também se poderia incluir aqui um terceiro grupo, referente à avaliação prévia de acordos potencialmente restritivos da concorrência (que não sejam concentrações), embora nos pareça, atendendo a exemplos no direito comparado, que esta forma de intervenção não terá muita utilização pela ARC. Faremos uma referência a este tipo de avaliações infra no texto.

exercido ex post, atendendo à sua natureza sancionatória^{7]}. A ARC identifica um comportamento proibido e sanciona a empresa infractora por esse comportamento.

Repare-se, todavia, em duas especificidades que marcam o direito sancionatório da concorrência face a outros ordenamentos sancionatórios.

Uma primeira, muito visível, prende-se com a dimensão potencial das multas. No direito da concorrência de Angola, a lei prevê uma moldura sancionatória por violação de regras que proíbem práticas restritivas da concorrência entre 1 e 10% do volume de negócios das empresas envolvidas (Cf. artigo 22.º, n.º 2, da Lei da Concorrência). Também no direito da UE e no direito português, as sanções podem atingir 10% do volume de negócios das empresas infractoras. A acrescer a estas sanções financeiras, a lei prevê ainda a possibilidade de aplicação de sanções acessórias, como a exclusão da participação do infractor em procedimentos de contratação pública por um período até três anos (artigo 24.º Lei da Concorrência). Acresce que, do ponto de vista do direito privado, as práticas ilegais, designadamente acordos comerciais ou deliberações de associações de empresas, são nulas (cf. artigo 7.º, n.º 2, da Lei da Concorrência).

Uma outra especificidade tem que ver com a análise jurídica envolvida na fiscalização de comportamentos potencialmente proibidos. Essa análise tem, frequentemente, de integrar uma avaliação económica do impacto de tais comportamentos no mercado.

Efectivamente, se no direito da concorrência também há infracções de mera actividade, que se bastam com a verificação da conduta - sendo disso exemplo os acordos entre concorrentes para subir preços (vulgarmente qualificados como cartéis) -, em regra a demonstração de uma infracção implica complexas análises económicas. Por outras palavras, a maior parte das infracções de concorrência são infracções de resultado, ou seja, obrigam a uma avaliação dos efeitos da conduta no mercado.

7. Há outras normas sancionatórias no regime jurídico da concorrência, mas que remetem para violações de regras procedimentais.

Essa avaliação tipicamente tem quatro etapas^[8]:

- Definição do mercado ou mercados relevantes afectados pela conduta, que tem uma dimensão material (respeitante ao produto ou serviço em causa) e uma dimensão geográfica^[9];
- Determinação de uma teoria do dano, ou seja, uma teoria quanto à razão de ser da alegada restrição e quanto à dimensão do seu impacto negativo na concorrência no mercado e no bem-estar dos consumidores.
- Determinação do cenário contrafactual, isto é, do contexto em que a concorrência ocorreria na ausência da conduta em apreço.
- Recolha de prova existente, que esteja disponível, e que permita demonstrar os efeitos alegados.

Esta dimensão económica do direito da concorrência (que também está presente na avaliação prévia de operações de concentração) não deve ser descuidada, sob pena de a aplicação das regras ter o efeito de desvirtuar as suas finalidades, punindo empresas eficientes e protegendo outras que sejam ineficientes, com prejuízo para os consumidores.

Quanto ao conteúdo das normas que prevêm comportamentos proibidos, há quatro grupos gerais de infracções a considerar no âmbito do catálogo das práticas restritivas da concorrência: acordos ou práticas concertadas horizontais (entre concorrentes); acordos ou práticas concertadas verticais (entre empresas situadas em diferentes níveis da cadeia de distribuição); abusos de posição dominante e abusos de dependência económica^[10].

8. Seguimos de perto o entendimento assente do Tribunal de Justiça da UE, que nos parece aplicável genericamente a análises de efeitos restritivos da concorrência.

9. Pode ainda ter uma dimensão temporal.

10. Certas infracções podem juntar elementos destes diferentes grupos. É o caso das práticas de hub & spoke, em que determinado fornecedor coordena alinhamentos de preços entre os seus distribuidores ou um distribuidor coordena alinhamentos de preços entre os seus fornecedores. Trata-se de uma prática que tem elementos verticais e elementos horizontais.

i. Acordos, práticas e decisões concertadas horizontais

Entre os acordos horizontais (cf. artigo 12.º da Lei da Concorrência), o tipo de infracção mais óbvia é o cartel, que consiste num acordo, normalmente secreto, entre concorrentes para fixar preços ou para repartir mercados. Como referido atrás, para constatar uma infracção em casos de cartel, basta identificar a conduta, não sendo necessário demonstrar que tal conduta gerou efeitos negativos. São comportamentos proibidos por ser evidente que, pela sua natureza, contrariam os princípios da concorrência. Mas há outras práticas (acordos ou práticas concertadas) entre concorrentes que podem ser ilegais, como partilha de informação estratégica sensível, v.g. preços futuros ou planos de investimento, directamente ou através de terceiros, precisamente por poderem levar a uma redução dos estímulos a que as empresas concorram entre si (artigo 7.º, n.º 1, al. c), da Lei da Concorrência).

Também as decisões adoptadas no âmbito de associações de empresas, em que participem empresas concorrentes, podem ser punidas. Tome-se, como exemplo, uma decisão de fixar um preço mínimo a que os membros da associação podem vender determinado serviço que todos prestam.

ii. Acordos verticais

Um outro domínio de actuação do direito da concorrência é o das designadas restrições verticais, entre fornecedores e revendedores (cf. artigo 13.º da Lei da Concorrência). Trata-se aqui, contudo, de comportamentos que têm, em geral, efeitos mais ambíguos na concorrência do que as práticas horizontais. Muitas vezes, tais restrições têm como propósito tornar as redes de distribuição mais eficientes, ao promoverem um alinhamento de incentivos entre fornecedores e distribuidores, que pode ser bom para os consumidores. Pense-se, por exemplo, na organização geográfica de uma rede de distribuição, ficando cada distribuidor responsável pela sua área, ou um acordo de exclusividade para que o distribuidor concentre todos os seus esforços na venda dos produtos do fornecedor que celebrou esse acordo. Em mercados em que a concorrência inter-marca (entre diferentes marcas no mercado) é pujante,

certas restrições à concorrência intra-marca (entre diferentes distribuidores da mesma marca) podem ter efeitos benéficos no sentido de tornar o sistema de distribuição mais eficiente, com maior capacidade de resposta face às necessidades dos consumidores.

Há, contudo, também riscos que devem ser acautelados, sobretudo quando a concorrência inter-marca é escassa. Nesses casos, é possível que o consumidor possa ser prejudicado se também a concorrência intra-marca for restringida, por reduzir ainda mais as possibilidades de escolha e poder limitar a oferta de preços competitivos.

A restrição vertical mais controversa e que tem suscitado mais atenção por parte dos aplicadores do direito da concorrência é a da fixação do preço de revenda mínimo de determinado produto, por imposição de um fornecedor a um seu revendedor ou por acordo entre ambos. Não que, até intuitivamente, não se compreenda que essa prática possa ser ilegal, uma vez que impede que o distribuidor decida a que preço quer vender o produto, limitando a sua liberdade de actuação no mercado. O problema que se coloca é que, em muitas jurisdições, essa infracção é, tal como os cartéis, qualificada como de mera actividade, não sendo necessária a demonstração de efeitos negativos no mercado. É assim no direito português e no direito da UE, apesar da grande controvérsia que esta solução suscita. Noutras jurisdições, como os Estados Unidos, esse entendimento foi já ultrapassado, considerando-se que há que avaliar o efeito concreto da fixação do preço de revenda no mercado. Ainda se está para ver qual a abordagem que será seguida pela ARC nesta matéria.

iii. Abusos de posição dominante

Um terceiro grupo de infracções diz respeito a abusos de posição dominante (cf. artigos 8.º e 9.º da Lei da Concorrência). Neste âmbito estão já em causa práticas unilaterais por parte de empresas dominantes, ou seja, empresas com um poder de mercado significativo. Trata-se de empresas que podem comportar-se no mercado com independência face a concorrentes ou clientes, tendo capacidade de aplicar preços acima do nível concorrencial. A

definição clara do conceito de dominância ou de posição dominante é muito relevante neste grupo de infracções, uma vez que sem dominância, que deve ser avaliada por referência a determinado mercado relevante, não pode haver, naturalmente, abuso de posição dominante. Por outro lado, o facto de uma empresa ser dominante não consubstancia qualquer infracção; apenas o abuso dessa posição é ilegal.

O Regime da Concorrência de Angola, inspirado em jurisprudência assente do Tribunal de Justiça da UE, consagra uma presunção legal ilidível de dominância quando uma empresa detenha uma quota de mercado igual ou superior a 50% em determinado mercado relevante.

Quanto aos comportamentos que podem ser considerados abusivos, podem distinguir-se os abusos de exclusão (de concorrentes), dos abusos de exploração (de clientes). Tipicamente, os primeiros são mais valorizados pelas autoridades de concorrência porque influenciam directamente o processo concorrencial que o direito da concorrência visa proteger. Imagine-se, por exemplo, uma empresa dominante que impõe cláusulas de compra exclusiva a todos os grandes distribuidores de determinado produto, que representem, por exemplo, 90% do mercado de distribuição. Essa imposição impede os seus concorrentes de chegarem de forma eficiente ao mercado, *rectius*, aos consumidores. Está-se, obviamente, perante um dano sério para o processo concorrencial, impedindo os rivais de concorrerem pelo mérito.

Há uma panóplia de comportamentos que podem, em teoria, ter um efeito de exclusão, mas também é importante que as autoridades consigam destringir concorrência agressiva, mas salutar, por empresas dominantes, de comportamentos ilegais que prejudicam o processo concorrencial. Não cabe ao direito da concorrência proteger empresas ineficientes. E as empresas dominantes não podem ser impedidas de ser comercialmente ambiciosas. Se uma empresa, por exemplo, consegue oferecer melhores preços a distribuidores, por exemplo através de descontos puros de quantidade, aplicados a todo o mercado, não está a abusar da sua dominância. Trata-se, por vezes, de uma linha ténue, mas é importante que as autoridades da concorrência consigam,

tanto quanto possível, fazer essa destrição. Daí a relevância, em casos de abuso de posição dominante, de uma análise de efeitos que permita aquilatar da existência de danos reais no processo concorrencial.

Por sua vez, os abusos de exploração centram-se na oferta de condições não equitativas a clientes, sendo o caso mais paradigmático, o da aplicação de preços excessivos. Contudo, o controlo de preços excessivos é um exemplo paradigmático da dificuldade que, em regra, existe na fiscalização de abusos de exploração. É normalmente difícil (mas nem sempre...) avaliar qual o preço de referência a partir do qual se mede o carácter excessivo de um preço, ou avaliar em que medida certas condições não são equitativas, gerando danos no mercado. Por essa razão, as autoridades de concorrência tendem a dar prioridade ao combate aos abusos de exclusão, uma vez que, se o processo concorrencial for robusto, assegurando que há rivalidade no mercado, em princípio as empresas não conseguirão praticar preços excessivos ou aplicar, em geral, condições de tal modo exploratórias, que prejudiquem os consumidores.

iv. Abusos de dependência económica

Um último grande grupo de infracções é o correspondente aos abusos de dependência económica (cf. artigos 10.º e 11.º da Lei da Concorrência). Não se trata já de empresas em posição dominante no mercado, mas de empresas que abusam da situação de dependência económica em que se encontram, relativamente a elas, parceiros económicos, sejam distribuidores, sejam fornecedores.

Tome-se o exemplo de um distribuidor em situação de dependência económica. A sua posição de dependência económica afere-se pelo facto de concentrar a sua actividade comercial num único fornecedor, não dispondo de alternativas no mercado que lhe permitam responder em tempo útil a abusos praticados, na relação comercial, por esse fornecedor. Importa sublinhar que o abuso de dependência económica é uma infracção que não está prevista no direito da concorrência da UE, nem em grande parte dos ordenamentos jurídicos de concorrência. Visa-se, com essa norma, acautelar situações de

injustiça relativa que possam resultar de comportamentos unilaterais de empresas não dominantes. Uma situação típica em que pode haver abuso é a de uma ruptura abrupta de uma relação comercial de muitos anos de um fornecedor com um distribuidor cujas compras estavam concentradas em 90% nesse fornecedor.

A grande dificuldade que se coloca relativamente à norma que proíbe os abusos de dependência económica é como assegurar que esta é ainda uma norma materialmente de direito da concorrência. As normas de direito da concorrência visam prevenir danos no processo concorrencial e no mercado; não são normas de direito privado que visem assegurar o equilíbrio na relação entre privados.

Para resolver esta questão, o legislador português, como sucedeu noutros ordenamentos jurídicos que consagram o abuso de dependência económica como norma de concorrência, introduziu em 2003 um requisito normativo na proibição que consiste na susceptibilidade de a conduta “afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência”. Ou seja, o tipo legal só está preenchido se o abuso tiver impacto no funcionamento do mercado e na estrutura da concorrência. De outra forma, se não existir este requisito de afectação da concorrência, esta norma limita-se a tutelar o equilíbrio negocial entre partes, cabendo melhor, do ponto de vista sistemático, no direito privado do que no direito da concorrência^[11]. Voltando à relação entre distribuidor e fornecedor a que aludimos atrás, se o fornecedor representa 5% do mercado, havendo vários outros operadores concorrentes com maior quota de mercado, o facto de esse fornecedor romper abruptamente a relação comercial com um distribuidor não tem impacto no processo concorrencial. Com efeito, ainda que o distribuidor não consiga com facilidade encontrar uma alternativa no mercado com rapidez, por exemplo porque o tipo de produto não permite essa mudança rápida, sobram muito fornecedores (e provavelmente distribuidores) que asseguram uma concorrência efectiva no mercado.

11. Neste sentido, cf. Miguel Moura e Silva, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010, p. 440.

No Regime Jurídico da Concorrência de Angola, o tipo legal relativo ao abuso de dependência económica, previsto no artigo 11.º da Lei da Concorrência, não contempla, ao menos explicitamente, a susceptibilidade de afectação do processo concorrencial. Há, por conseguinte, o risco de a norma poder ter como alcance a protecção de interesses privados no âmbito de relações contratuais que não têm qualquer impacto na concorrência.

No que respeita agora ao procedimento sancionatório por ilícitos jus-concorrenciais, o mesmo encontra-se previsto nos artigos 27.º e segs da Lei da Concorrência. Este procedimento abrange poderes de inspecção, incluindo buscas e apreensão de prova nas empresas ou a possibilidade de realização de inquirições. Mas também abre espaço ao exercício de contraditório pelas empresas visadas, sendo-lhes conferida a possibilidade de pronúncia escrita sobre as eventuais acusações que lhes sejam formuladas, assim como a apresentação de provas e solicitação de audição de testemunhas. As empresas têm ainda direito à apresentação de alegações finais (cf. artigo 32.º da Lei da Concorrência). A decisão final dos processos deve ser publicada em Diário da República (cf. artigo 36.º da Lei da Concorrência).

v. O caso particular da avaliação prévia de acordos, prática e decisões concertadas que podem restringir a concorrência

A Lei da Concorrência de Angola prevê um mecanismo, que já existiu no direito da concorrência português e no direito da concorrência da UE, que consiste na avaliação prévia de acordos, práticas ou decisões de associações de empresas susceptíveis de serem *prima facie* ilegais, mas que possam ser justificados. À luz do artigo 14.º da Lei da Concorrência, acordos que contribuam “para a melhoria da produção e distribuição de bens e serviços ou para a promoção do desenvolvimento técnico ou económico” desde que cumpram um conjunto de requisitos relativos à proporcionalidade e salvaguarda da concorrência e bem-estar dos consumidores / utilizadores, podem ser considerados lícitos. Esta avaliação prévia implica uma análise prospectiva do impacto do acordo ou prática, podendo ser tal acordo ou prática autorizado, à semelhança do que sucede com a autorização de operações de concentração.

Trata-se de um regime, aparentemente, obrigatório, devendo as empresas obter aprovação prévia deste tipo de acordos ou práticas (cf. artigo 14.º, n.º 3, da Lei da Concorrência).

Este regime justifica dois comentários. O primeiro tem que ver com a obrigatoriedade deste procedimento de avaliação prévia. Embora a lei não preveja qualquer sanção administrativa para o não cumprimento desta obrigação de aprovação prévia^[12], pode questionar-se que efeito tem o incumprimento desta obrigação na análise ex post por parte da ARC das condutas em causa. Imagine-se que a ARC abre um processo de investigação por suspeita de que determinado acordo teve efeitos restritivos na concorrência. Ficam as empresas impedidas, nesse processo, de invocar causas de justificação que excluam a ilicitude da prática, ao abrigo do artigo 14.º da Lei da Concorrência? Não nos parece uma solução razoável, porquanto estas cláusulas de exclusão de ilicitude prendem-se directamente com a análise global do impacto das práticas na concorrência, não devendo ser desconsideradas na avaliação da sua conformidade com o direito. Entendemos, pois, que a ARC deve sopesar, em processos de investigação ex post, os argumentos das visadas no processo que assentem nas justificações previstas no artigo 14.º da Lei da Concorrência, ainda que não tenha havido um pedido de avaliação prévia da conduta em causa.

Uma segunda nota tem que ver com a dificuldade técnica associada à análise ex ante de condutas cujos efeitos na concorrência podem antever-se, mas apenas em abstracto. Como se verá adiante, o controlo de concentrações também implica uma análise ex ante, mas, pese embora a dificuldade da análise, verifica-se nesses casos uma alteração estrutural no mercado, com uma concentração de poder económico que permita antever, em termos mais seguros, os riscos potenciais para a concorrência. Ao invés, no caso de comportamentos no mercado, como acordos de distribuição ou acordos de cooperação entre empresas concorrentes, por exemplo para lançamento de um novo produto, é difícil antever com rigor o impacto de tais condutas, correndo-se o risco, ou de aprovar condutas que se venham a revelar restritivas

12. Ao contrário do que sucede relativamente à notificação de operações de concentração, como veremos de seguida. A Lei da Concorrência prevê, contudo, no artigo 20.º, que a ARC possa solicitar às empresas oficiosamente que requeiram essa avaliação.

da concorrência, ou de impedir outras que gerariam impactos positivos no mercado, promovendo eficiências e maior concorrência.

Aliás, foi também por estas razões que este sistema de avaliação prévia foi abandonado no direito da concorrência da UE e no direito da concorrência português.

Seja como for, a solução mais razoável, a prever-se esta avaliação prévia, é que a mesma possa ser utilizada numa base voluntária, sem impedir as empresas de invocarem as justificações previstas no artigo 14.º em sede de investigação a posteriori de práticas potencialmente ilegais levada a cabo pela ARC.

2.4. Controlo prévio de concentrações de empresas

Uma das facetas mais relevantes do direito da concorrência de Angola, como de muitos outros ordenamentos de concorrência, incluindo o da UE e o português, é a do controlo prévio de operações de concentração (fusões, aquisições e criação de empresas comuns que desempenhem as funções de uma entidade económica autónoma), desde que tais operações impliquem a alteração ou criação de controlo sobre empresas, ou sobre determinados activos de empresas, e preencham certos limiares que justifiquem esse controlo prévio.

Os referidos limiares de notificabilidade obrigatória constam do artigo 10.º do Regulamento da Lei da Concorrência e prendem-se com o volume de negócios das partes realizado em Angola e com a quota de mercado relevante em Angola criada, adquirida ou reforçada em resultado da operação. São três os limiares alternativos cujo preenchimento obriga a notificar a operação de concentração:

- Se o conjunto das empresas tiver realizado em Angola, no último exercício, um volume de negócios superior a 3,5 bilhões de Kwanzas (cerca de 8,516 milhões de euros ^[13]);

13. Conforme conversão no conversor de moeda no *website* do Banco de Angola em 27 de Setembro de 2022.

- Se a operação implicar uma transferência, criação ou reforço de quota igual ou superior a 50%; ou
- Se implicar uma transferência, criação ou reforço de quota igual ou superior a 30%, mas inferior a 50%, desde que pelo menos duas das empresas que participam na operação tenham tido um volume de negócios no último exercício superior a 450 milhões de Kwanzas (cerca de 1,094 milhões de euros).

No que tange ao limiar relativo ao volume de negócios, há dois dados que saltam à vista: trata-se de um montante baixo e que não implica que, pelo menos, duas das empresas participantes na concentração tenham um volume de negócios mínimo. Para que o limiar seja alcançado, basta que uma das empresas envolvidas chegue à cifra prevista na lei. Significa isto que, qualquer aquisição de controlo por parte de uma empresa cujo grupo económico tenha um volume de negócios em Angola superior a 4,5 bilhões de Kwanzas, ainda que o alvo da aquisição de controlo seja uma empresa sem qualquer expressão, está sujeita a notificação prévia.

Note-se ainda que a ARC pode também solicitar a notificação de operações de concentração que não atinjam estes limiares, quando considerar que tais operações são susceptíveis de restringir a concorrência (cf. artigos 19.º e 20.º da Lei da Concorrência).

Importa assinalar que existe, relativamente às operações sujeitas a notificação prévia, um dever de suspensão do acto de concentração (cf. artigo 18.º da Lei)¹⁴. A operação não pode ser concretizada até ser aprovada pela ARC, sendo ineficaz até esse momento.

Um dado muito relevante que as empresas devem ter presente é que a concretização de uma operação de concentração não notificada, ou antes de

14. A lei prevê, contudo, a possibilidade de este dever de suspensão ser derrogado, mediante requerimento fundamentado das partes que demonstre o risco de efeitos negativos para a implementação da operação ou para a concorrência em geral, podendo a derrogação ser acompanhada de condições ou obrigações destinadas a assegurar uma concorrência efectiva (artigo 18.º, n.º 2, da Lei da Concorrência e artigo 13.º, n.º 3, do Regulamento da Lei da Concorrência)

aprovação prévia pela ARC, implica uma sanção entre 1 e 10% do volume de negócios das empresas envolvidas. A esta sanção acresce uma sanção aplicável à empresa que infringiu a obrigação de notificar a ARC, tendo essa sanção uma moldura sancionatória entre 1 e 5% do seu volume de negócios (cf. artigo 22.º, n.º 1, al a), e n.º 2, da Lei da Concorrência).

As notificações de operações de concentração são feitas através de formulários próprios, previstos em Regulamento da ARC ^[15], implicando a prestação de um conjunto significativo de informação sobre o acto de concentração, as empresas envolvidas, os mercados afectados e o impacto esperado da operação nesses mercados.

O procedimento de apreciação de concentrações não tem índole sancionatória, sendo um procedimento administrativo, uma vez que o que está em causa é a prática de um acto administrativo de oposição, ou não-oposição, à operação notificada ^[16]. A ARC avalia se determinada operação de concentração pode ou não ser concretizada atendendo ao risco que essa concretização comporta para o processo concorrencial nos mercados relevantes afectados. O procedimento é público, não obstante a protecção de informação confidencial, sendo admitida a participação de contra-interessados (artigos 39.º, 40.º e 43.º da Lei da Concorrência).

Quanto ao critério ou teste material que deve guiar a ARC na apreciação de concentrações, apesar de o Regime Jurídico da Concorrência não ser inteiramente claro, parece dever ser o de avaliar se a concentração é susceptível de criar entraves significativos à concorrência, em particular se resultarem da criação ou reforço de uma posição dominante (cf. artigo 16.º do Regulamento) ^[17]. Trata-se de um critério semelhante ao que é seguido no direito

15. Regulamento dos Formulários de Notificação, aprovado pelo Instrutivo n.º 1/20, de 27 de Janeiro.

16. De resto, aplicam-se subsidiariamente as regras do procedimento administrativo – artigo 37.º da Lei da Concorrência.

17. Apesar de o n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento da Lei da Concorrência referir que a apreciação de operações de concentração visa determinar se a mesma é susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência, o n.º 7 do mesmo artigo refere explicitamente: “Não são autorizadas as concentrações de empresas que sejam susceptíveis de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional, ou numa parte substancial deste, em particular se os entraves resultarem da criação, ou do reforço de uma posição dominante” (realce nosso). Parece, pois, ser este o teste a considerar. A questão não é irrelevante, uma vez que pode haver concentrações que, não criando ou reforçando uma posição dominante, possam ainda assim gerar entraves significativos a uma concorrência efectiva no mercado. Pense-se em tese num mercado com quatro operadores que passa a três por incorporação do que sai num dos operadores que permanece. Admita-se que, no quadro pós-operação, passa a haver dois grandes operadores e um operador de reduzida dimensão. Ainda que não possa imputar-se uma posição dominante a qualquer dos dois grandes operadores, não pode excluir-se que a operação gere entraves significativos à concorrência.

da concorrência português e no direito da concorrência da UE (impedimento significativo a uma concorrência efectiva). No artigo 16.º, n.º 3, são elencados os factores a ter em conta na apreciação material da concentração.

Não obstante o recurso ao teste do impedimento significativo a uma concorrência efectiva, o Regime Jurídico da Concorrência prevê que a ARC possa ter em consideração outros critérios que extravasam o núcleo material do direito da concorrência e que podem levar à aprovação de uma operação que não passe o referido o teste. Referimo-nos, designadamente, à possibilidade de a concentração ser justificada por razões de interesse público, considerando factores como a protecção de um sector específico ou região, o emprego, a protecção de pequenas empresas ou a competitividade internacional das empresas de origem nacional (cf. artigo 16.º, n.º 5, do Regulamento da Lei da Concorrência). São factores cuja apreciação se pode revelar complexa e que envolvem considerações de política industrial, económica ou social que estão fora dos parâmetros estritamente jus-concorrenciais.

Já no que toca à tramitação do procedimento, note-se que operações que justifiquem uma análise mais prolongada e complexa podem implicar a abertura de uma segunda fase de investigação, designada de fase de investigação aprofundada.

Para além da possibilidade de autorizar uma operação sem condições ou de se opor à sua concretização, a ARC pode ainda aceitar compromissos por parte das empresas envolvidas que permitam ultrapassar os entraves à concorrência identificados no decurso da investigação (cf. artigo 45.º da Lei da Concorrência). Os compromissos podem ser de natureza estrutural (como seja a alienação a terceiros de determinados activos) ou de natureza comportamental (de que é exemplo o compromisso de não assinar contratos de compra exclusiva com distribuidores por determinado período de tempo). Habitualmente, as autoridades de concorrência privilegiam os compromissos estruturais, por serem perenes no tempo e não implicarem um esforço de monitorização ao longo do tempo do seu cumprimento.

Quanto aos prazos de investigação, o artigo 18.º da Regulamento da Lei da Concorrência prevê que primeira fase de investigação tenha a duração máxima de 120 dias. Se o procedimento entrar em fase de investigação aprofundada, o prazo para decisão é de 180 dias, a partir do início da investigação aprofundada.

Note-se, por último, que o n.º 3 do artigo 17.º da Lei da Concorrência dispõe que, se a ARC não se pronunciar sobre a operação no prazo correspondente à primeira fase de investigação, de 120 dias, verifica-se o deferimento tácito da operação. A Lei e o Regulamento são, porém, omissos quanto às consequências do incumprimento do prazo para emissão de decisão na fase de investigação aprofundada.

3. Desafios para o futuro

3.1. O papel da ARC

A ARC está no centro da aplicação do direito da concorrência em Angola, e o seu desempenho enquanto enforcer do direito da concorrência será crucial para a afirmação de uma cultura de concorrência em Angola.

Há que dizer que, até ao momento presente, a ARC tem revelado um dinamismo e uma capacidade de realização assinaláveis. É bem visível, em particular, o esforço de divulgação e promoção das regras de concorrência, em sessões públicas, mas também no seu website, que, aliás é muito completo e informativo, e até nas redes sociais mais utilizadas por profissionais e empresas, como o LinkedIn. Esse esforço de promoção das regras de concorrência, de advocacy, na terminologia anglo-saxónica, é extremamente importante para a aceitação e assimilação deste novo regime jurídico entre as empresas, salientando quer as suas vantagens para a economia e para os consumidores, quer os riscos associados ao incumprimento das regras.

Nesse quadro, a ARC tem vindo a publicar documentos dirigidos às empresas em domínios como o conluio na contratação pública, as regras que devem ser observadas por associações de empresas ou os procedimentos de

compliance que devem ser observados para prevenir a violação de regras de concorrência.

Por outro lado, do ponto de vista de produção normativa, são de assinalar os diplomas que a ARC já aprovou, incluindo um regime de clemência e de denúncias, que podem ajudar a detectar práticas restritivas da concorrência.

Também ao nível dos instrumentos de soft law (baixa normatividade) importa realçar a publicação de documentos como as “Linhas de Orientação relativas à aplicação de Multas” ou, no âmbito do controlo de operações de concentração, as “Linhas de Orientação sobre Adopção de Compromissos”.

Trata-se, efectivamente, de um conjunto já muito vasto de iniciativas para uma autoridade da concorrência que só muito recentemente ficou operacional.

No plano da prática decisória, há já um acervo relevante de decisões em matéria de controlo de concentrações (16, segundo o seu website, a 15 de Setembro de 2022 ^[18]), em sectores como o da energia, o financeiro, o imobiliário ou dos bens de consumo. Duas dessas decisões foram adoptadas em fase de investigação aprofundada, tendo a não-oposição à concentração ocorrido na sequência da apresentação de compromissos pelas empresas participantes.

De salientar ainda que, em média, os processos decididos em primeira fase, tiveram uma duração de 4 meses. Especificamente quanto aos processos que implicaram investigação aprofundada e apreciação de compromissos, um teve uma duração de 4 meses e o outro de 7 meses. São prazos de duração média muito interessantes, tendo em conta o curto tempo de actividade da ARC.

Falta agora perceber como lidará a ARC com processos de práticas restritivas. Até à data em que este artigo foi escrito, não tinha sido ainda publicada qualquer decisão neste domínio, o que se compreende. A ARC optou, numa fase inicial, por apostar sobretudo na divulgação junto dos

18. Data em que este artigo foi concluído.

agentes económicos de um regime jurídico que é novo e que é complexo em várias dimensões. Numa segunda fase, provavelmente, começará (já terá começado) a fiscalizar para, se for necessário, depois punir comportamentos que infrinjam as regras. É, do nosso ponto de vista, a abordagem adequada. Não é, por conseguinte, estranho que, a 15 de Setembro de 2022, não haja ainda decisões condenatórias por práticas restritivas da concorrência, tanto mais que os processos de práticas restritivas, se forem bem instruídos, levam tempo a ser concluídos, sendo importante que as decisões adoptadas sejam sólidas do ponto de vista jurídico e económico.

Não temos, assim, ainda visibilidade sobre qual a abordagem que vai ser adoptada pela ARC na aplicação das regras comportamentais: mais ou menos intervencionista, mais ou menos focada em critérios de eficiência económica; mais ou menos atenta a abusos de posição dominante e a restrições verticais.

Resta-nos, pois, esperar pela divulgação das primeiras decisões em matéria de práticas restritivas da concorrência, valorizando, todavia, os sinais muito positivos que têm resultado da actuação da ARC até este momento. É importante, pois, que a ARC continue a ter a estabilidade e os meios necessários para prosseguir, de forma consistente, a sua actividade de enforcement das regras de concorrência.

3.2. Algumas sugestões de alteração legislativa

Com o benefício da experiência resultante da vigência do actual Regime Jurídico da Concorrência e da actuação da ARC, permitimo-nos suscitar algumas questões para ponderação de eventual alteração legislativa, que, a nosso ver, poderiam contribuir para reforçar o sistema de concorrência de Angola.

Em matéria de controlo de concentrações, parece-nos que seria vantajoso ajustar o limiar de notificação relativo ao volume de negócios. Com efeito, pode ser equacionada a introdução de um valor mínimo de volume de negócios relevante para, pelo menos, duas das empresas participantes na concentração. Actualmente basta que uma das empresas atinja o volume de negócios de 4,5 bilhões de Kwanzas para que, ipso jure, todas as concentrações envolvendo essa empresa tenham de ser notificadas.

Ao prever-se um limiar de notificação mínimo para, pelo menos, duas empresas, a crescer ao limiar total de 4,5 bilhões de Kwanzas, seria possível evitar que aquisições com muita pouca expressão, e sem impacto relevante em termos de acréscimo de quota de mercado, fossem obrigatoriamente notificadas. Poder-se-ia, por exemplo, acrescentar um limite mínimo de, por exemplo, 450 milhões de Kwanzas para, pelo menos, duas das empresas participantes, como sucede, de resto, com o limiar misto de quota de mercado e volume de negócios previsto no artigo 10.º, n.º 1, al b), do Regulamento da Lei da Concorrência.

Esta alteração seria relevante por três ordens de razões. Em primeiro lugar, é altamente improvável que operações com tão pouca expressão (em que, por exemplo, o alvo da aquisição tem um volume de negócios inferior a 450 milhões de Kwanzas) e em que não haja quotas de mercado elevadas, justifiquem um escrutínio prévio para identificação de questões de concorrência. Do ponto de vista jus-concorrencial, essas operações não parecem ser relevantes. E, em todo o caso, se houver alguma situação excepcional em que esse escrutínio se justifique, o Regime Jurídico da Concorrência já prevê que a ARC tem a prerrogativa de exigir oficiosamente a notificação, salvaguardando a possibilidade de analisar a concentração.

Em segundo lugar, para as empresas, o ónus de notificar uma operação de concentração é elevado, não só pelos custos e tempo de preparação da notificação e acompanhamento do processo, mas também porque, até à autorização da operação, ela não pode efectivar-se, ficando suspensa. Do ponto de vista da agilidade da actividade económica, tempos de suspensão que possam não ser justificados, por não haver qualquer risco para a concorrência, têm um impacto negativo na actividade das empresas e na economia.

Em terceiro e último lugar, esta solução seria vantajosa para a própria ARC, na medida em que possibilitaria uma alocação mais eficiente de recursos, permitindo que as equipas dedicassem a sua atenção às operações de concentração que, de facto, podem gerar problemas para o processo concorrencial.

No que respeita às regras aplicáveis a práticas restritivas da concorrência, sugerimos a remoção da obrigatoriedade de avaliação prévia das causas de justificação de práticas *prima facie* ilegais, previstas no artigo 14.º da Lei da Concorrência. Trata-se de um domínio em que parece ser mais ajustado permitir às empresas fazerem uma auto-avaliação das suas práticas. Se, numa avaliação a posteriori dessas práticas, a ARC entendesse que as mesmas justificam a abertura de uma investigação, caberia então à empresa defender-se das objecções suscitadas pela ARC. Seria nessa sede que, se necessário, a empresa poderia apresentar (e demonstrar) as justificações que pudessem excluir a ilicitude.

A experiência revela que a avaliação de práticas restritivas, tal como sucede com a generalidade dos ilícitos, deve ser feita *ex post*, quando é possível perceber em concreto como a empresa agiu no mercado e que impacto teve essa actuação. É através da detecção e punição de infracções verificadas que se alcança o propósito de prevenção geral e especial e mesmo de justiça retributiva, em que assentam os sistemas sancionatórios modernos. Exigir uma avaliação *ex ante*, antecipando problemas *jus-concorrenciais* em abstracto, é um exercício moroso e complexo para as empresas e para a própria ARC, que pode até revelar-se pouco eficaz na prevenção de comportamentos ilícitos.

Finalmente, deixamos um apontamento que se relaciona essencialmente com a arquitectura institucional do sistema. Um aspecto que ressalta do Regime Jurídico da Concorrência de Angola é a ausência de regras próprias, especiais, que regulem os meios de reacção judicial das empresas contra decisões da ARC. Não está, naturalmente, em causa a existência de meios de reacção, que existem, nos termos gerais do direito angolano.

Todavia, num sistema monista como o do direito da concorrência de Angola, em que a mesma entidade investiga e sanciona, e com molduras sancionatórias que podem implicar sanções muito gravosas, parece-nos que se justifica ponderar, no futuro, a criação de tribunais especializados e de um regime processual próprio que permita assegurar, de forma tão eficaz quanto possível, o exercício de direitos de defesa e o controlo judicial das

decisões da ARC. Não está em causa qualquer desconfiança relativamente à actuação da ARC na aplicação do direito da concorrência; simplesmente, o exercício dos direitos de defesa em sede judicial é um elemento importante para assegurar o equilíbrio do sistema.

Como resulta do que foi sendo salientado neste artigo, o direito da concorrência tem especificidades importantes e reveste-se de uma certa complexidade, desde logo pela dimensão económica que também tem. Nessa medida, parece-nos que essa possibilidade de criação de tribunais especializados, eventualmente agregando também litígios emergentes de outras áreas de regulação económica, pode justificar-se. É claro que esta alteração só fara sentido se e quando esses tribunais estiverem devidamente capacitados para a aplicação das regras, o que implica que os próprios magistrados tenham a especialização técnica adequada para dirimirem estes litígios.

São, contudo, apenas e só, sugestões de alteração cirúrgicas de um regime jurídico que, em geral, parece revelar-se bem apetrechado para defesa da concorrência em Angola.

O ensaísta George Steiner inicia um dos seus livros mais famosos com a sugestiva frase: “We have no more beginnings”. Contudo, estamos convictos de que nem sempre assim é. Por vezes são possíveis começos, novos começos. A introdução do direito da concorrência no ordenamento jurídico de Angola poderá contribuir decisivamente para dar um novo impulso à economia do país, tornando-a mais concorrencial e eficiente, em benefícios dos consumidores angolanos.

As Férias Judiciais porque fazem sentido e são necessárias?

*THE JUDICIAL HOLIDAYS: WHY DO THEY MAKE SENSE
AND ARE THEY NECESSARY?*

Hernâni de Oliveira Soares

Advogado, Mestre em Direito
em Cabo Verde, Ilha de Santiago.

Sumário

1. Férias judiciais são necessárias.
2. Escolas e Tribunais: algumas semelhanças.
3. Trabalho coordenado e com agenda própria.
4. As férias dos advogados.
5. A questão da produtividade.
6. Conclusão.
7. Bibliografia.



Resumo

O presente artigo tem por finalidade uma pequena reflexão sobre as férias judiciais em Cabo Verde. Veremos o que são férias judiciais e sua previsão legal. Veremos a problemática das férias judiciais e uma comparação das férias escolares e férias judiciais. Escolhemos também olhar criticamente para as férias dos advogados. E por último as férias judiciais e a questão da produtividade dos magistrados.

Palavras-chave: Férias judiciais; Férias escolares; Advogados; Produtividade.

Abstract

The article aims at a small reflection on holidays in Cape Verde. What are relaxers and their legal prediction. We have a query issue and a school holiday comparison and a fix. We also chose to look critically at lawyers' vacations. And finally, the judicial holidays and the question of the productivity of the magistrates.

Keywords: Judicial holidays; School holidays; Lawyers; Productivity.

1. Férias judiciais são necessárias

É impressionante como todos têm algo a dizer sobre férias judiciais. Mas é certo que a maioria das pessoas não sabe como funcionam os tribunais, mas tem uma opinião. Alguns podem nunca ter estado dentro de um tribunal.

Talvez, como tudo o resto, eles sejam visionários de poltrona. Muitos perguntam por que razão os tribunais devem ter férias judiciais quando as esquadras de polícia trabalham 365 dias por ano?

A resposta poderá parecer muito simples, mas isso é devido a que os bandidos não tiram férias.

Citando um artigo do Prof. Dr. ANDRÉ LAMAS LEITE que escreveu para o Jornal Público de 19 de Julho de 2022 “A expressão “férias judiciais” é equívoca. A maioria dos cidadãos associa-as ao sentido comum de um período de descanso dos trabalhadores, por forma a que estejam em condições de enfrentar um novo tempo de labuta.”

Em determinado momento da profissão, vários de nós tivemos percepções pouco sólidas sobre a matéria, mas a experiência obriga-nos a perceber a importância das férias e especialmente as judiciais.

Mas o que são afinal as tão faladas férias judiciais?

As férias judiciais correspondem a períodos definidos por lei, durante os quais em regra os prazos processuais não correm e as diligências a realizar em tribunal, como julgamentos, tentativas de conciliação, conferências, entre outras, não se fazem. Mas durante as férias judiciais os processos urgentes continuam tendo o devido andamento e tramitação (o problema é que há cada vez mais processos urgentes).

2. Escolas e Tribunais: algumas semelhanças

Uma interessante comparação, para compreender a visão anti-férias-judiciais, é compararmos os tribunais com as escolas.

As férias judiciais sempre coincidiram com o calendário das férias escolares de verão (pelo menos), que por sua vez têm em consideração o calendário das festividades maiores da Igreja Católica.

Suponha-se, por um instante, que as escolas desistiram das suas férias intercalares e anuais. Um mês a conveniência, um professor iria tirar férias, outro o diretor da escola. A seguir, para ir de férias, seria um estudante, ou alguns deles. Seria então a vez dos empregados de escritório, os motoristas dos autocarros escolares, ou o pessoal de limpeza.

Certamente reinaria o caos. Por isso pergunta-se qual seria a solução?

Para muitos, seria melhor proibir as férias de todos juntos! Pois, na verdade, o sistema que existe é o de férias coletivas.

No caso dos juízes e procuradores, as férias judiciais constituem uma imposição legal, e acabam sendo para muitos uma enorme limitação, já que eles só podem gozar férias durante o período fixado por lei para as férias judiciais. Ou seja, os juízes e procuradores estão obrigados a gozar as suas férias só durante os períodos de férias judiciais. Por isso, compreende-se que muitos defendam o seu fim.

Com efeito, o fim das férias judiciais lhes permitiria marcar livremente as suas férias nos termos do regime geral do funcionalismo público e encontrar sempre os processos na secretaria à sua espera no seu regresso ao trabalho.

Que os tribunais tiram férias, só em parte é verdade. Em bom rigor, os tribunais funcionam praticamente durante quase todo o ano, e quem vai de férias no mesmo período são os funcionários do tribunal, juízes, pessoal de secretaria, entre outros.

Muitos juízes, procuradores e funcionários dos tribunais manifestaram-se já, a favor do fim das férias judiciais, e devolver-lhes a liberdade de entrar em férias nas épocas que melhor lhes convém.

Ora, é fácil compreender que assim seja. Na verdade, na opinião do pessoal que trabalha nos tribunais as férias judiciais só interessam aos advogados, pois, no que aos magistrados concerne, sejam eles judiciais ou do Ministério Público, as férias judiciais não constituem um benefício, antes pelo contrário, limita de que maneira as suas vidas.

Infelizmente, o legislador cabo-verdiano, num erro de raciocínio e procurando justificações que supostamente atacam a morosidade judicial, resolveu encurtar as férias judiciais de 60 dias para 45, concentrando-as apenas e só no verão. Desta forma, veio sobrecarregar ainda mais os advogados e toda a estrutura judicial.

Ora, não podemos esquecer que Cabo Verde é um país onde as estatísticas dizem que mais de 90% dos cidadãos são cristãos. É um país onde o povo vive e celebra duas datas muito importantes para a igreja católica: o Natal e a Semana Santa. Períodos estes em que também os estudantes estão de férias. Mas infelizmente não se mudou o calendário judicial, à semelhança do que se fez em Portugal, e que seria interessante em Cabo Verde.

3. Trabalho coordenado e com agenda própria

Nenhum tribunal pode funcionar sem um conjunto mínimo e obrigatório de pessoal.

O juiz, o procurador, o escrivão, o oficial de diligências e os defensores (advogados) formam o tribunal. Retira-se um dos actores atrás referidos durante alguns dias e a estrutura desmorona-se se não houver substitutos; tal como o exemplo da escola. Igual a uma cadeira ou banco que precisa de todas as suas pernas. É melhor que todos os actores tirem algum tempo em conjunto. O co-funcionamento é essencial. Não se pode ser um general sem

tropas. Os doentes e necessitados compreendem melhor este enigma; sendo-lhes dito que o médico, ou cirurgião, de quem dependem, está de férias no estrangeiro.

Não é que as questões não sejam transferidas de um juiz para outro; mas isso é planeado em permanência, não mês a mês, como um vaivém de paragem, mas com prazos bem estipulados.

Para além do pessoal do tribunal, existe o pessoal dos escritórios e das secretarias para desempenhar as funções acessórias. Eles fazem a rotação das suas férias, mas isso também dentro das férias judiciais propriamente ditas. Portanto, as portas dos tribunais nunca estão trancadas. Nenhum tribunal, mesmo o tribunal cível, está totalmente fechado. Um ou dois juízes têm ou devem ter uma ou duas salas de tribunal para assuntos urgentes. A vida continua, ao contrário das escolas ou faculdades que usam um aspecto deserto.

Os tribunais que tratam de assuntos de todas as áreas sociais, mas especialmente a área criminal faz com que os tribunais permaneçam em modo de sempre disponível durante todo o ano, excepto nos feriados, e, diga-se de passagem, que se for necessário o tribunal funcionará nos feriados ou finais de semana. Por exemplo, as pessoas presas devem ser apresentadas nas 48 horas seguintes à detenção; o magistrado judicial decide então o seu destino dentro desse prazo.

Também, não esqueçamos que em processos-crime havendo arguidos presos preventivamente, ou havendo necessidade num processo em instrução para ordenar ou autorizar buscas domiciliárias, escutas telefónicas e outros meios de obtenção da prova, os tribunais terão de ter portanto as suas portas abertas. Na área cível, as providências cautelares são medidas urgentes que não esperam as férias judiciais terminarem.

O funcionamento do tribunal ultrapassa o mero dia de julgamento. Existem as prisões, a logística de levar e trazer o preso, as conservatórias e cartórios, as instituições de menores, enfim, há fatores exógenos que influenciam o funcionamento dos tribunais. Por exemplo, no relatório sobre o

estado da justiça feito em 2017/18 afirma-se que os guardas prisionais, pelas razões apontadas, vêem-se confrontados com a necessidade de acumularem férias e de trabalharem mais horas sem qualquer tipo de compensação monetária e ainda a serem restringidos de dispensas do trabalho, por exemplo, para exames escolares.

4. As férias dos advogados

Segue algumas linhas de pensamento para os advogados. Alguns litigantes e o público muitas vezes não veem mais do que a boca de uma pessoa bem vestida, ou demasiado vestida, algumas frases, de forma enfática, nos poucos minutos que são necessários para discutir em tribunal. Mas o que não sabem é que, antes dessa fase, os advogados consomem horas sobre papéis, livros, revistas, registos, sentenças, documentos, processos e provas. Normalmente nos escritórios um pequeno exército está a trabalhar nos bastidores, estudando casos e dossiers.

No entanto, a questão aqui é que os advogados também precisam de descanso, e obtê-lo é muito difícil.

Com efeito, se os prazos judiciais não correm durante algum tempo fixado na lei, podemos afirmar que só ou pelo menos durante as férias judiciais que os advogados podem gozar férias e tempo de descanso. Neste período o advogado pode ainda dedicar-se aos assuntos para os quais habitualmente não têm tempo, como o estudo e a atualização de conhecimentos.

Diria alguns que é melhor, de longe, que todos os operadores do direito vão de férias ao mesmo tempo.

Quem é advogado sabe que é muito frequente sermos chamados pelos clientes em qualquer horário ou dia da semana e sermos assim quase que forçados a interromper as férias para os socorrer numa diligência urgente, com grave prejuízo para os advogados. Sem esquecer que como

dissemos os processos de natureza urgente continuam a ser tramitados e, portanto, os advogados poderão ser chamados nas suas férias.

É preciso dizer que os magistrados uma vez que entram no gozo das suas férias durante as férias judiciais dificilmente são interrompidos, pois as suas férias não estão sujeitas a interrupções. Se aparecer alguma urgência, ela será resolvida pelo juiz de turno. O mesmo sucede quando se encontram de baixa por doença, ou em gozo de uma qualquer licença.

Já os advogados com ou sem saúde, com ou sem disposição, têm de cumprir os prazos legais e os seus deveres para com os clientes. Para os advogados, que trabalham em prática isolada principalmente, o fim das férias judiciais representaria quase que a impossibilidade de gozarem férias pessoais. Por isso, o fim das férias judiciais implicaria para os advogados passar a trabalhar durante todo o ano, pois podem receber notificações dos seus processos durante todo o ano.

Os adiamentos das diligências nos tribunais são um facto da vida. É verdade que, por vezes, essa facilidade é mal utilizada e até em desrespeito aos advogados, mas uma posição firme ao lado do oponente pode anular o mal-entendido. Tem sido feito, mesmo na Relação ou no Supremo Tribunal, com resultados interessantes. Tudo o que se precisa é da vontade e um pouco de brio profissional. Dito isto, a busca da verdade, de que a função primordial de todos os tribunais, muitas vezes exige a rotina e o profissionalismo. O povo ou o público através das redes sociais trouxeram algumas mudanças, e hoje os operadores do Direito estão cada vez mais escrutinados mas também mais comunicativos.

Outra ideia que agita o homem comum é o apelo a um investimento do Estado em ter mais juízes. Infelizmente, é mais fácil dizer do que fazer. Quantas das massas gritantes ficariam satisfeitas com simplesmente mais médicos, mesmo aqueles que não estivessem à altura?

A qualidade deve ser colocada acima da quantidade, caso contrário, a justiça será atirada ao ar ou ao abismo. Os julgamentos seriam anulados, os assuntos seriam remediados, o pingue-pongue seria a ordem do dia; de um tribunal para o outro e de volta.

A infraestrutura é outra necessidade nas exigências dos operadores do direito. Os edifícios do tribunal, ao alcance fácil do público litigante, estão em primeiro lugar. Os novos tribunais não podem surgir em qualquer bairro ou localidades distantes. Precisam de ser facilmente alcançáveis pelos utentes e não só.

Em Cabo Verde assistimos muito recentemente a várias opiniões sobre a mudança do Tribunal da Relação de Sotavento para a Cidade da Assomada e agora querem deslocalizá-la para a Cidade da Praia (Capital do país); e é um facto que todos defendem que a acessibilidade deve ser tida em conta. A localização antes pensada, embora numa cidade a cerca de uma hora da capital, traz muitos inconvenientes aos advogados, juízes e procuradores.

As infraestruturas também exigem espaços para acomodar o público, salas de repouso, cantinas, segurança, manutenção, salas de advogados, bibliotecas, armazéns, secretarias e equipamento de apoio ao pessoal, salas de juízes, parques de estacionamento. É uma grande exigência. Não que não deva ser feito, ou que não possa ser feito. Apenas que não é tão fácil como dizer 1, 2, 3, por isso exigir apenas por exigir é mais fácil.

A ideia de férias judiciais levanta sempre muitos problemas, e os tribunais sobrecarregados estão a suportar o fardo da ira popular. Fã dos políticos à procura de apoio simpático, os problemas podem precisar de soluções encontradas fora da caixa. Os juízes estão a cair bastante na mentalidade de tal modo de pensamento (fim das férias judiciais).

Voltando à questão das férias, o sistema pode ser afinado, mas o abandono ou o seu fim não vai funcionar. É bom recordar que até mesmo Deus descansou no sétimo dia. E nunca ninguém O ressentiu com isso.

As férias judiciais são fundamentais para os advogados, que também fazem parte importante do processo judicial, pois esse período de férias judiciais representa um período mais tranquilo para estes profissionais.

Estamos certo de é que é preciso criar procedimentos de gestão de mudanças de titulares de tarefas (em casos de mobilidade, férias, licenças, ausências, etc.), pois quando são inexistentes ou não são suficientemente sistematizados e padronizados, isso tem implicações a nível de continuidade e eficiência na fluidez dos processos nessas situações.

É preciso identificar processos críticos em cada uma das instituições relevantes, sistematizar os mesmos através de regulamentos / manuais de procedimentos e implementar regulamentos específicos aplicáveis aos processos de substituição de titulares nas situações descritas acima, poderia reduzir o tempo e os custos de aprendizagem, reduzir as perdas (de informação, de know-how, de contactos, etc.) durante o processo e melhorar a eficiência global do setor da justiça.

5. A questão da produtividade

A Ordem dos Advogados de Cabo Verde tem vindo a discutir com os seus membros algumas questões relativas ao exercício da profissão, designadamente a questão do calendário das férias.

Como é do conhecimento de todos e atrás definido, as chamadas férias judiciais nada mais são do que um período definido na lei em que os tribunais não praticam atos judiciais, com ressalva dos atos urgentes. Contudo, neste período os tribunais e toda a sua estrutura não deixam de estar abertos e a funcionar. Quem vai a um tribunal durante as férias judiciais encontra sempre as secretarias abertas, pode consultar processos, e depara-se com alguns funcionários a trabalhar.

No caso dos tribunais em Cabo Verde, as ditas “férias judiciais” ocorrem num único período de 01 de agosto a 16 de Setembro. Não podemos esquecer que, fora deste período, em dias não úteis (finais de semana e feriados), os tribunais têm de organizar turnos, de modo a se decidirem processos urgentes, assim como o Ministério Público, no âmbito das suas competências.

Ainda hoje se discute se o problema da produtividade da Justiça reside nas férias judiciais.

Como sabemos o Poder Judicial é um dos poderes do sistema político de quase todos os países, chamado sistema tripartite. É ele o responsável por julgar e aplicar leis no país. Porém, este importante poder passa por inúmeras dificuldades hoje em dia. Muitos afirmam que a justiça em muitos países não consegue tomar decisões na velocidade exigida pelo mundo actual para configurar um bom sistema.

O Sistema judicial cabo-verdiano é considerado por muitos como um sistema demasiado moroso e com fraca produtividade, ou seja, uma estrutura que não consegue atender às demandas da justiça dentro do prazo considerado aceitável.

Os fatores para esse cenário enraizado de muita morosidade são muitos e a insatisfação está presente em boa parte dos setores sociais. Do mais simples cidadão as empresas, a sociedade se sente prejudicada pelas dificuldades do nosso processo judicial.

Apesar de todos os anos se produzir relatórios feitos pelos conselhos superiores da magistratura judicial e do ministério público, ainda não se introduziu a rubrica Índice de Produtividade dos Magistrados, como também o índice da carga de trabalho, que mede o número de processos pendentes ou mal resolvidos.

Esses dados ajudariam a ilustrar o problemático cenário do sistema judicial cabo-verdiano. O grande número de processos, o quadro de funcionários e os índices de produtividade são alguns dos fatores que explicam a morosidade do nosso sistema. Por consequência, temos um sistema que não é barato (pois é considerado caro por boa parte da população) e que se mostra bastante ineficiente.

O aumento das custas judiciais para dissuadir o litígio, não é definitivamente a resposta para diminuir processos entrados nos tribunais. As

peças economicamente desfavorecidas precisam mais dos tribunais do que os ricos, ou pelo menos se precisarem terão maiores dificuldades do que os ricos. Os primeiros têm mais a perder.

A preocupação com a morosidade do sistema judicial não existe apenas em Cabo Verde. Diversos outros países no mundo enfrentam o mesmo problema e têm procurado soluções para resolver ou ao menos atenuar a situação. Ainda assim, o cenário em Cabo Verde é bastante crítico.

Essas informações mostram como é preciso discutir os fatores que configuram a lentidão do Poder Judicial e suas graves implicações para a sociedade e especialmente para os negócios e vidas privadas. Para isso, é necessário entender quais alternativas podem ser utilizadas para reverter esse cenário, e muitos dos remédios estão já previstos nos dois estudos sobre a situação da justiça. Uma coisa é certa, com a grande quantidade de processos pendentes e que entram diariamente nos tribunais, ao mesmo tempo em que há um número limitado de funcionários, podemos dizer que são importantes características do cenário atual do sistema judicial e que dificilmente venceremos a morosidade com o quadro jurídico e de pessoal existente.

Importa por último dizer a modernização das leis, sua simplificação e agilidade, a retirada de algumas questões da alçada dos tribunais, é urgente, como por exemplo, adoção de menores, pedidos de guarda e tutela, divórcios, inventários e partilhas, são situações em que, não havendo litígios ou disputa entre os interessados, poderiam ser decididos em outras instâncias administrativas.

6. Conclusão

Podemos ver que a maior parte dos juristas clássicos e modernos, consideram que as férias judiciais são fundamentais para o ecossistema. Mas uma coisa é certa: se acabarem com as férias judiciais a justiça não seria mais a mesma, e ficaria coxa e pior se os advogados não tivessem direito a gozar férias.

A Ordem dos Advogados de Cabo Verde entende que o Estado deve preservar a unidade e bem-estar da Família e adotar as melhores práticas para que a família cabo-verdiana se possa juntar e viver em conjunto e em tranquilidade momentos importantes da vida, e para isso dever-se-á alterar o calendário judicial.

Acresce que o facto de sermos um país arquipelágico e com uma extrema dificuldade de viajar entre ilhas, não facilita as deslocações e cria situações em que o advogado muitas vezes se vê confrontado com a situação de ir fazer um julgamento numa ilha na e ter de ficar ausente da sua família no Natal ou na Semana Santa.

Por todas estas razões, foi solicitada uma alteração da Lei 88/VII/2011, 14 de Fevereiro, para atualizar as férias judiciais.

7. Bibliografia

Relatórios sobre o estado da justiça em Cabo Verde de 2002 e 2018.

Artigo do Prof. Dr. André Lamas Leite no Público, “Férias Judiciais” e alguns desabafos, 2022;

Artigo do Prof. Dr. Luís Menezes Leitão no Diário de Notícias, A necessidade das férias judiciais, 2019;

Os Direitos Humanos Universais no Futuro da Humanidade

*THE UNIVERSAL HUMAN RIGHTS
IN THE FUTURE OF MANKIND*

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Nasceu em Luanda-Angola em 1961. Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Lusíada de Lisboa. Professor convidado de outras universidades europeias, brasileiras e angolanas. Foi membro do Conselho Superior da Magistratura em Portugal. Associado Honorário do Instituto dos Advogados de São Paulo. Com várias obras didáticas, de divulgação e de investigação nas áreas da História, da Filosofia e do Direito, mantém uma intensa atividade docente, de estudo, associativa e de cidadania centrada na Justiça e na sua realização. Pertence a comissões editoriais de várias revistas jurídicas nacionais e estrangeiras e desenvolve projetos de investigação multidisciplinar em várias áreas com destaque para a família, a interioridade e os meios não-judiciais de fazer justiça.

Sumário

1. Introdução.
2. Os Direitos Humanos Universais são um Direito de regras jurídicas concretizadas em um conjunto de normas supraestaduais.
3. O Conceito jurídico de Direitos Humanos.
4. A Base Natural da Construção Jurídica da Pessoa Humana.
5. As Principais características dos DH.



Resumo

Os direitos humanos nada mais são do que um conjunto de normas supraestatais fruto de lutas políticas, cívicas, culturais, económicas sobretudo, jurídicas por um acesso igualitário e horizontal entre todas as pessoas humanas a direitos integrais, garantindo assim a igualdade no gozo e exercício de direitos a todas as pessoas que integram a humanidade. Dotados de características imperativas e próprias (Historicidade; Universalidade; Irrenunciabilidade; Inalienabilidade; Imprescritibilidade; Conectividade; e Efetividade), as normas de Direitos Humanos, para serem aplicadas corretamente, necessitam da fixação, com mais clareza, os deveres correlativos e os comportamentos exigidos aos Estados e organizações no sentido do seu cumprimento, processo esse que depende, intrinsecamente, do pluralismo jurídico, igualdade de contributos entre os vários povos e nações e consenso sobre o comum a defesa da pessoa humana pelo Direito como forma de fazer Justiça e garantir a Paz.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Paz, Futuro, Humanidade, Igualdade, Justiça.

Abstract

Human rights are nothing more than a set of suprapstate norms that are the result of political, civic, cultural, economic, above all, legal struggles for equal and horizontal access among all human beings to integral rights, thus guaranteeing equality in the enjoyment and exercise of rights to all people who make up humanity. Endowed with imperative and specific characteristics (Historical; Universality; Irrenunciability; Inalienability; Non-scriptability; Connectivity; and Effectiveness), the Human Rights norms, to be correctly applied, need to establish, with more clarity, the correlative duties and the behaviors required of the States and organizations in the sense of its fulfillment, a process that intrinsically depends on legal pluralism, equality of contributions between the various peoples and nations and consensus on the common defense of the human person by law as a way of doing justice and guaranteeing peace.

Keywords: Human Rights, Peace, Future, Humanity, Equality, Justice.

1. Introdução

Os Direitos Humanos Universais são a melhor garantia de uma Humanidade com futuro em um planeta Terra habitável.

Para isso, é necessário que os juristas assumam a responsabilidade de lembrar que essa possibilidade depende de uma alteração radical do método de criação de regras jurídicas que têm como objeto a defesa das pessoas humanas e da sua dignidade e dos conteúdos que densificando tais direitos precisam de fixar, com clareza, os deveres correlativos e os comportamentos exigidos aos Estados e organizações no sentido do seu cumprimento.

Como o direito é “um dever ser que é” os Direitos Humanos têm de ser concretizados de forma positiva e quem os viola tem de ser punido por tribunais supraestaduais, integrando juristas universais, cuja imparcialidade e independência têm de ser garantidas, acima de qualquer suspeita.

Para isso é preciso não confundir o processo de universalização dos Direitos Humanos com a sua ocidentalização. A criação de Direitos Humanos Universais requer pluralismo jurídico, igualdade de contributos entre os vários povos e nações e consenso sobre o comum: a defesa da pessoa humana pelo Direito como forma de fazer Justiça e garantir a Paz.

Essa cautela é tanto mais necessária quanto a invasão militar da Ucrânia pela Rússia com o seu rosário de violações de regras de Direito internacional e Humanitário fragilizou ainda mais a situação já tão débil dos Direitos Humanos no nosso planeta. Mas, também revelou o tratamento desigual pela ONU da violação de Direitos Humanos em conflitos armados, consoante quem são as vítimas e os perpetradores, a parcialidade nas intervenções do Tribunal Penal Internacional, a utilização dos DH pelo Ocidente no seu interesse geopolítico,

querendo fazer esquecer violações de Direito Internacional e de DH que foram os Estados deste “Ocidente” a cometer^[1].

2. Os Direitos Humanos Universais são um Direito de regras jurídicas concretizadas em um conjunto de normas supraestaduais

As regras jurídicas que integram os Direitos Humanos têm a sua juridicidade ligada à criação jurisprudencial, de acordo com o método sustentado na *auctoritas* dos juristas, não no *imperium* dos Estados ou na *potestas* das organizações internacionais, leia-se interestaduais.

Só quando a fonte das normas legais/convencionais supraestaduais: os Estados que integram as organizações interestaduais – cujos representantes de governos eleitos têm legitimidade para fazer normas legais, mas não têm legitimidade para criar regras jurídicas – positivam regras jurídicas é que se pode falar de Direitos humanos expressos em normas de Direito interestadual^[2].

1. Em DH não se discute a intensidade e a quantidade, mas a ocorrência. Na guerra que a Ucrânia trava contra os invasores e ocupantes russos, políticos, jornalistas, comentaristas, analistas, acadêmicos ocidentais (com raríssimas exceções) validam e aplaudem – em espaço comunicacional público - campanhas de culpabilização coletiva e de desumanização do povo russo, perseguições políticas de emigrantes em função da origem nacional, confisco de bens e propriedades ad hoc de forma ilegal, censura e ostracização de opinião contrária à seguida pelos governos europeus e pela Comissão europeia, campanhas negras contra artistas e intelectuais divergentes, discursos de ódio e justificação de assassinatos com carros-bomba de civis e atentados terroristas suicidas. Isto é: violando DH e contrariando tudo o que disseram quando eram invasores e ocupantes de Estados e de povos, num passado ainda tão recente. Invasão ilegal de Estados, ocupação militar e tortura de civis, prática de crimes de guerra, criação artificial de Estados em violação da integridade territorial de Estados que são membros da ONU, violações gravíssimas de DH foram cometidas – só ficando neste século - pelos EUA e Estados europeus, com ou sem a OTAN. Agora parecem aceitar os erros e os crimes cometidos – sempre apresentados como exceções, casos raros e meros excessos. Fazem-no porque têm consciência da sua impunidade. Nada lhes aconteceu, nem sequer a censura dos juristas prudentes (apenas falaram, com os riscos conhecidos os justos com coragem). Passou Hiroshima e Nagasaki, a Coreia, o Vietnã, o Chile, o Kosovo, Guantanamo, Abu Graib, Julian Assange e Eduard Snowden, o julgamento de Saddam Hussein, as execuções de milhares de suspeitos de serem seus inimigos dos EUA através de drones (com amigos e família assassinados a serem catalogados como “danos colaterais”). A legítima defesa preventiva militar em caso de sensação de ameaça à sua segurança é – para o Ocidente - um direito exclusivo do Ocidente. A igualdade de Direitos e a primazia dos DH não é um valor deste Ocidente em guerra não declarada à Rússia (apesar de ser aí que está a base jurídica e a melhor efetivação estadual dos Direitos Humanos). A ter de optar entre comprar armas para a defesa da Ucrânia e salvar 80 milhões de crianças africanas de morrer de fome, a opção da ONU, EUA e EU foi a de comprar armas em vez de pão e isso diz muito sobre quem decide assim. Os povos colonizados têm muitas coisas para lembrar, a sua memória coletiva é instrumento de liberdade (e de libertação), a sua história não é a do Ocidente (não são suscetíveis ao discurso do “lado errado da História” porque já o conhecem e da pior maneira) e não aceitam que sejam os ocidentais a dizer aquilo que deve ou não deve ser lembrado da História. Por isso, a universalização dos DH precisa de outra atitude e compromisso do Ocidente. Por ser aí que os DH são mais respeitados, a responsabilidade dos políticos e dos jornalistas é maior e mais exigente.

2. A necessidade de uma revisão de expressões consensualmente repetidas para designar conceitos, institutos e instituições de âmbito universal é cada vez mais urgente, por uma questão de rigor jurídico e de clareza terminológica. O Direito internacional não é um direito feito por nações ou entre nações, mas exclusivamente um direito feito por Estados ou por Organizações constituídas por Estados. Logo, com rigor é um direito interestadual, não internacional.

Os Direitos Humanos Universais não são um “ramo” do Direito internacional / interestadual, enquanto *lex mundi*. Os Direitos Humanos Universais integram o *ius Commune Humanitatis*, isto é o Direito Comum da Humanidade integrado por um conjunto de regras jurídicas que os Estados que se consideram *Estados de Direito*, devem respeitar e fazer cumprir^[3].

Logo, os Direitos Humanos não são apenas a formalização em normas de tratados e convenções aprovadas pelos Estados, com vigência internacional, independentemente do seu conteúdo jurídico e da sua fonte de criação. As regras jurídicas dos Direitos Humanos são a única fonte das normas de direito internacional sobre Direitos Humanos. Essa é a garantia jurídica dada pelos jurisprudentes de que os Direitos Humanos não são Ocidentais, mas Universais^[4].

Existe uma diferença estrutural e identitária entre o Direito Internacional Público ou *Lex Mundi*, feita pelos representantes dos Estados (legisladores)^[5] e o Direito Universal da Humanidade, onde se situam os Direitos Humanos, com as regras e as soluções a serem construídas e apresentadas pelos jurisprudentes (*ius commune humanitatis*)^[6].

3. Os Estados que dominam as Organizações internacionais, determinam as normas de “Direito Internacional” e influenciam as decisões dos tribunais internacionais – sobretudo os EUA com uma supremacia conquistada em Breton Woods, reforçada com a sua vitória na guerra fria (ver Sabine Dullin e outros, *Atlas da Guerra Fria. 1947-1990 um conflito global e multiforme*, Guerra e Paz, (2020), 2022, pp. 164 e ss. “Os EUA vencedores da guerra fria?”) e firmada com a globalização onde a Europa (sobretudo a Europa latino-germânica) perde a guerra cultural e a influência política para os EUA – não querem sequer ouvir falar de uma reforma onde a sua supremacia deixa de existir. No Direito Universal da Humanidade o que contam são as pessoas e não os Estados e a igualdade entre as pessoas humanas, independentemente dos Estados de que são cidadãos, é garantida por regras jurídicas que afastam qualquer discriminação ou tratamento desigual que hoje é assegurado pelas normas de Direito internacional feitas pelos Estados mais ricos e poderosos, com outros Estados “aliados” que lhes obedecem em troca de benefícios, vantagens e proteção.

4. A Guerra da Ucrânia revelou o entendimento parcial e próprio que o Ocidente tem dos Direitos Humanos e que a única forma que aceita para a sua universalização é que o resto do Mundo aceite a sua doutrina. Como ficou agora bem claro, os DH para este Ocidente em guerra estão ao serviço da defesa dos seus interesses próprios como bloco geo-político em afirmação de um domínio político-cultural global, que se reivindica dos valores, mas só quando estes coincidem com os interesses (os crimes de guerra e as violações de DH praticados pelo exército russo na Ucrânia têm de ser julgados, mas por quem tem legitimidade e independência para o fazer e julgando todos em todos os casos em que ocorrerem, pois estes crimes não prescrevem). As opções belicistas cobertas com um discurso moralista; a mobilização de recursos e de meios humanitários, financeiros e judiciários no apoio à Ucrânia invadida pela Rússia, face aos milhões de crianças famintas em África e desalojadas no resto do Mundo, nomeadamente no Paquistão por causa das cheias – são sintomáticos da falta de compromisso com os mais básicos direitos humanos dos mais frágeis e pobres que não são europeus. Os Direitos Humanos não se universalizam ocidentalizando os Direitos Humanos comuns a toda a Humanidade, mas através da construção plural e igual de um conjunto de Direitos universais para todas as pessoas humanas por o serem. Quanto ao bloco Rússia-China a questão dos DH nem existe, pois os regimes rejeitam a sua existência com valor jurídico universal e concretização supraestadual. Aí a luta pelos DH tem outra dimensão e profundidade.

5. Ver, v.g., Fernanda Pirie, *O Poder da Lei. Uma jornada de 4000 anos que moldou o mundo*, trad. Susana Sousa e Silva, Desassossego ed., Lisboa (2021), 2022, pp. 373-398 “Além do Estado. As leis internacionais”.

6. Esses conceitos são por mim trabalhados desde 1989. Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *História do Direito Comum da Humanidade. Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?*, vol. I, tomo I, AAFDL, Lisboa, 2003; e Vol. I, tomo II, AAFDL, Lisboa, 2006.

Logo, quem tem legitimidade para criar as regras de Direitos Humanos não são os Estados mas os jurisperitos com *auctoritas* universal. A *auctoritas* universal não se mede pelo êxito dos livros, pelo grau de comercialização das editoras que publicam os seus textos ou pela popularidade das suas opiniões. Mede-se pela sustentabilidade jurídica do que argumentam e pela exemplaridade das soluções que encontram para resolver conflitos, aplicando regras jurídicas ou invocando exceções de forma fundamentada, sempre que afastam as regras aplicáveis. É esse o critério a seguir para o reconhecimento da *auctoritas* pela comunidade jurídica e o grau de aceitação da sociedade universal das suas soluções, pela racionalidade e justeza dos fundamentos apresentados e da sustentação argumentada.

Antes de escrever sobre os Direitos Humanos importa assentar neste princípio estruturante da juridicidade (isto é, do Direito): O Direito é criado por jurisperitos, a lei é feita por legisladores; o Direito é a fonte da lei; não é a lei que é fonte de Direito; o Direito não é um instrumento de governo das sociedades humanas, mas um instrumento da justiça na resolução de casos concretos de conflito.

É tarefa dos jurisperitos criar regras, solucionar casos com base nelas, excecionar não aplicando a regra que leva à solução injusta e propor nova solução fundamentada e argumentada, desenvolver e densificar os DH e participar na interpretação das normas legais e convencionais tendo como referência as regras jurídicas aplicáveis.

O princípio *pro homine* é o critério orientador na interpretação jurídica das regras e na aplicação das normas de Tratados e de Convenções que têm como objeto os Direitos Humanos. Não existe conflito entre normas de DH. Todas se aplicam em complementaridade visando o fim último: defender a pessoa humana contra qualquer violação dos seus direitos, seja qual for a natureza jurídica e a força daquele que os viola.

3. O Conceito jurídico de Direitos Humanos

Os direitos humanos são o resultado de lutas políticas, cívicas, culturais, económicas mas, sobretudo, jurídicas por um acesso igualitário e horizontal entre todas as pessoas humanas (sem qualquer tipo de distinção ou barreira) a direitos integrais (sem distinguir direitos de personalidade, fundamentais, sociais, económicos, culturais, cibernéticos, etc.) que as fazem pessoas (reconhecendo as diferenças).

Os Direitos Humanos estão concretizados num conjunto de regras jurídicas inerentes aos Seres humanos por serem pessoas, que garantem a igualdade no gozo e exercício de direitos a todas as pessoas que integram a Humanidade, sem qualquer ligação aos Estados, Religiões, comunidades de pertença ou identidades de opção.

As normas internacionais de DH estão nos tratados e convenções internacionais; nas compilações de costumes e nas normas legais dos Estados de Direito (Direito dos Estados). Recordo que os DH não são Direito Internacional Público, mas Direito Universal da Humanidade, isto é, das pessoas humanas. Logo, não existe qualquer possibilidade jurídica de proteger, pelo Direito das normas positivas, Estados, famílias, igrejas ou outras instituições que impliquem a violação de direitos das pessoas humanas

4. A Base Natural da Construção Jurídica da Pessoa Humana

A natureza humana igual em todos os seres humanos é base comum da construção jurídica do ser humano como pessoa^[7] e a igualdade de direitos entre todas as pessoas humanas; bem como a sua dignidade imanente^[8] são a *Base Natural da Teoria Geral dos Direitos Humanos*.

7. Ver F. Nietzsche, Humano, Demasiado Humano. Um livro para espíritos livres, trad. port. de Paulo César de Souza, 4ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 2005.

8. Ver José de Oliveira Ascensão, “A dignidade da pessoa humana e o Fundamento dos direitos humanos”, in RFDUde São Paulo, vol. 103, Jan/Dez., 2008, pp. 277-299; Bigotte Chorão, Pessoa Humana, Direito e Política, Lisboa, 2006; Diogo Costa Gonçalves, “Pessoa e Direitos da Personalidade/Fundamentação ontológica da tutela, Coimbra, 2008; Manuel Carneiro da Frada, O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana. Um mapa de navegação para o jurista, separata da católica Law Review, vol. IV, nº 2, Maio 2020, pp. 139-172; Castanheira Neves, Dignidade da pessoa humana e direitos do Homem”, in Digesta, II, 1995, Coimbra, pp. 425-429; Jorge Reis Novais, A Dignidade da Pessoa Humana, II, 2ª ed., Coimbra, 2018; Nuno Pinto de Oliveira, “Tomando a sério o personalismo ético”, in AA. VV. Pessoa, Direito e Direitos, Colóquios, 2014/2015, Braga, pp. 297-313

Mas os Direitos Humanos não são apenas direitos naturais. A natureza humana é fixa, definitiva, eterna. Os Direitos Humanos não são fixos nem estáticos. São direitos em conformação dinâmica, em construção, em transformação e em busca de reconhecimento sempre maior e mais denso pelos Estados (através da sua concretização normativa e da garantia de efetividade dessas normas).

Por isso, consideramos que o Direito Natural, como direito comum e universal a todos os seres humanos feitos pessoas (apesar de Norberto Bobbio^[9]), constitui a base jurídica primitiva dos DH^[10] e deve ser integrado na sua historicidade, como complemento legitimador da juridicidade das regras de DH.

Seja qual for a tese adotada ou o método escolhido para sustentar que a pessoa humana é o fundamento primeiro e o objetivo último da criação, interpretação e aplicação das regras jurídicas de DH e que este prevalece sobre *interesses públicos*, *bens comuns* ou causas de pessoas coletivas de qualquer natureza (invocação de Razão de Estado, de Igreja, de família, das identidades organizadas), o que importa é superar o individualismo e o coletivismo desrespeitadores do personalismo jurídico-político.

É esta construção jurídica da pessoa humana que inicia um processo histórico de criação – cada vez mais densa e intensa – de uma Teoria dos DH centrados na pessoa humana que procura enunciar os pressupostos teóricos e a lógica argumentativa que os sustenta de forma a transpor essa construção teórica para direitos concretos que se efetivem na vida das pessoas, sobretudo dos mais fracos, vulneráveis^[11] e oprimidos^[12] e que obrigam os Estados^[13]

9. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Campus, Rio de Janeiro, 1992, pp. 22 e ss., nega a existência de um fundamento absoluto dos DH e denuncia ser esse o argumento principal contra os direitos sociais. Ver, também Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*, trad. port. de Márcio Pugliesi et alii, Icone, São Paulo, 1995, pp. 22 e 23.

10. Esta base jurídica integra as três correntes históricas sobre a origem do Direito Natural: ele resulta da vontade de Deus revelada aos seres humanos (Santo Agostinho e São Tomás de Aquino); resulta do instinto humano (Thomas Hobbes); resulta da Razão comum a todos os seres humanos (Hugo Grócio).

11. Eduardo vera-Cruz pinto, “Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa Pós-pandémica”, in RFDUL, Ano LXII, 2021, n° 2, pp. 185-208.

12. Ver Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*, trad. cast. de Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Gprodureppi, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2004.

13. Existe um monopólio das teses ocidentais sobre a origem do Estado que afeta a universalização dos DH que os Estados têm de respeitar. Essas teses são: a hobbesiana, em que os governados assinam um contrato com os governantes, renunciando aos seus direitos inerentes ao seu *estado natural*, autorizando que o poder civil possa ser exercido sem limites; a lockiana, que aceita existir um direito anterior ao Estado e explica a sua origem pela necessidade de assegurar o exercício de direitos naturais das pessoas, direitos esses que limitam e determinam as normas legais feitas pelo Estado. e, portanto, nasce limitado por um direito preexistente. Essas teses são redutoras face à universalidade dos Direitos Humanos. Estes são muito mais. Em vários aspetos, que os direitos naturais criados pela doutrina binária europeia: ou só existe o direito positivo do Estado (o direito natural não existe); ou o direito positivo do Estado é mera expressão normativa do direito natural.

5. As Principais características dos DH

As principais características imperativas das normas de Direitos Humanos são: Historicidade; Universalidade; Irrenunciabilidade; Inalienabilidade; Imprescritibilidade; Conectividade; e Efetividade^[14].

Historicidade

É a primeira característica dos DH e fundamental para entender a superação do direito natural como característica do DH. A natureza comum da pessoa humana é a base imprescindível da construção do ser humano como pessoa.

O confronto entre as perspectivas do Direito Natural nas Idades Medieval e Moderna têm hoje apenas uma dimensão histórica porque está ultrapassado. O direito natural medieval considerava que a regra jurídico-natural bastava, não carecendo de qualquer norma positiva para se efetivar, logo a regra jurídica era já a norma objetiva aplicável. O Direito natural moderno é um conjunto de direitos subjetivos (inatos), de faculdades a exercer por cada pessoa como forma de exigir o reconhecimento pelo Estado (através de leis que só o Estado pode aprovar) de direitos individuais.

O movimento constitucionalista/legalista que fez da lei a única fonte de Direito deu ao Estado soberano, como forma jurídica de organização política das sociedades humanas sem superior político (Jean Bodin), o papel de superar o estado natural dos seres humanos (conflitualidade violenta), permitindo através do “contrato social” (Rosseau) e pelo cumprimento de leis feitas pelo Estado a vida em sociedade (Platão/Tito Lívio/Thomas Hobbes).

Mas o direito natural na sua construção histórica no Estado Moderno Europeu (constitucional e positivista) criou uma doutrina que se foi fechando sobre si própria não permitindo a construção jurídica de categorias, institutos e

14. Existem outros critérios para fixar as características dos DH que decompõem e aumentam o número de características dos DH (Historicidade; Universalidade; Essencialidade; Inalienabilidade; Inexauribilidade; Imprescritibilidade; Irrenunciabilidade; Inviolabilidade; Vedação ao Retrocesso; Limitabilidade; Complementariedade; Efetividade; Concorrência.

conceitos que a Idade global digital^[15] impõem na universalização dos direitos e na sua expansão para os mais frágeis e necessitados de proteção jurídica.

A exportação do direito europeu, através dos movimentos coloniais, mundializou este modelo^[16]. A mundialização desta forma estadual de criar Direito concretizou-se com a globalização anglo-saxónica, afastando o direito da lei.^[17]

A ideia que o reconhecimento pelo Estado através da positivação dos direitos naturais inatos, comuns e universais como direitos fundamentais em normas das Constituições tinha abolida a dicotomia regras de Direitos Naturais da Pessoa humana/normas criadas de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais pelos Estados (Tércio Sampaio) - não se concretizou. Os direitos naturais da pessoa humana continuam a estar separados e vigentes como base jurídica essencial da Teoria geral do DH.

Os elementos principais do processo histórico de construção e evolução progressiva dos DH resultam de uma educação para a paz pela justiça através do Direito onde os cidadãos de cada Estado exigem que este crie normas legais de proteção da pessoa, em desenvolvimento constante, e mecanismos eficazes que as concretizem^[18]. Daí a ligação entre evolução constitucional (erradamente designada como neo-constitucionalismo^[19]) de aprofundamento e expansão dos direitos fundamentais e as normas internacionais (Tratados, Convenções, Declarações, Pactos) de DH.

15. Eric Schmidt e Jared Cohen, *A Nova Era Digital. Reformulando o futuro das pessoas, das nações, da economia*, D. Quixote, Lisboa

16. Ver, v.g., Fernanda Pirie, *O Poder da Lei. Uma jornada de 4000 anos que moldou o mundo*, trad. Susana Sousa e Silva, Desassossego ed., Lisboa (2021), 2022, pp. 304-327 “Colonialismo. A exportação do Direito”.

17. Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Futuro da Justiça, Veja*, Lisboa, 2015 = Editora IASP, prefácio José Renato Nalini, São paulo, 2015; *Introdução ao Direito Romano. As Questões Fundamentais*, AAFDL, 2021, pp. 57 e ss.; “O Direito após a pandemia de COVID-19: os binómios fundamentais”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RFDUL)*, ano LXI, 2020, nº 1, pp. 187-205 = “Law after the Covid-19 Pandemic: The Fundamental Binomials”, in AA. VV. *CXoronavirus and the Law in Europe*, eds. Ewoud Hondius et alli, Intersentia, Cambridge-Antuérpia-Chicago, 2021, pp. 1119-1136; “A interpretatio legis na norma do artigo 9º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RFDUL)*, ano LXII, 2021, 2, pp. 15-64;

18. Logo uma educação que pela positiva combata todas as formas de violência e de discriminação entre pessoas e os factores de desigualdade e de agravamento da pobreza. As culturas devem ser respeitadas, mas não é juridicamente cultura um conjunto de comportamentos e atitudes que promovem ou aceitam a violência, a discriminação, a desigualdade e despersonalização do ser humano.

19. Ver Luiz Henrique Cademartori, e Francisco Carliões Duarte, *Heremênutica e Argumentação Neoconstitucional*, Atlas, São paulo, 2009.

Só que, na Era Global Digital, foi ultrapassado o limite das fronteiras dos Estados onde as Constituições ocupavam o topo da hierarquia normativa ^[20]. Já não é assim. As normas internacionais de DH estão acima das Constituições e já não carecem de positividade normativa para serem, como regras jurídicas, aplicadas pelos tribunais (internos e internacionais). Não são os “legisladores” que criam os direitos das pessoas humanas. As normas positivadas podem ajudar à sua efetividade, mas também não são condição *sine qua non* para a eficácia dos DH.

Parece ter sido superada uma mitologia jurídica da modernidade que construiu como totalitária a ideia de que só há Direito quando o poder político faz e publica a norma legal. Chegámos aos confins da positividade do Direito com uma profunda crise dos grandes monumentos normativos do século XIX (Códigos e Constituições) ^[21]

As Constituições continuam a ser importantes e a desempenhar um papel fundamental na tutela pelos Estados dos DH dos seus cidadãos, mas acima delas estão as regras jurídicas – positivadas ou não como normas internacionais criadas pelos jurisprudentes para proteger as pessoas humanas a nível planetário sem quaisquer limitações de fronteiras políticas (Estados) ou restrições económicas (prioridade de aplicação de recursos para a proteção dos DH). Os DH não estão delimitados pelas fronteiras dos Estados e dos seus direitos positivos soberanos.

Só assim se retiram os DH das relações de força que caracterizam a ação dos Estados, a nível interno e externo) para os efetivar como direitos dos mais fracos e frágeis que carecem dessa proteção jurídica sem depender unicamente da “boa vontade” do Estado. Aliás, os DH defendem-se limitando o poder do Estado pelo Direito. Daí que o Estado de Direito não se possa confundir com o Direito do Estado. O Estado de Direito não se esgota no Estado Constitucional ^[22].

20. A importância dada aos seguidores das teorias de Hans Kelsen

21. Paolo Grossi, *Mitologia Jurídica da Modernidad*, trad. cast. de Manuel Martínez Neira, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 67 e ss.

22. Entre a imensa Bibliografia ver Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Ductil. Ley, derechos, justicia*, Editora Trotta, Turim, 11ª

O caminho que nos trouxe até aqui é um longo e sacrificado percurso histórico de conquistas e derrotas nas lutas (pessoais, políticas, sociais, económicas...) pelos direitos das pessoas humanas que precisa de ser conhecido, estudado, ensinado e inserido na evolução destes direitos.

Foi o movimento socialista que combateu o capitalismo (sobretudo os seus excessos desigualitários) e o comunismo (nomeadamente a designada ditadura do proletariado) que abriu a porta, na segunda metade do século XIX, ao reconhecimento dos direitos sociais. Não só na titularidade das pessoas, mas também dos grupos e classes em que estão integradas e que os reivindicam ^[23].

Os DH impõem uma luta eficaz contra todas as formas de colonialismo e racismo, de discriminação de qualquer tipo entre pessoas, de pobreza e exclusão. Mas também de combate pela liberdade individual, pela propriedade privada sem abuso de direito, pela coesão e justiça social, pelo recurso igualitário aos recursos naturais sem colocar em causa os equilíbrios ambientais, lutar contra a despersonalização do ser humano e por igualdade de acesso às tecnologias.

Só se pode lutar pelos DH e desenvolvê-los de forma jurídica eficaz conhecendo a sua História e a do conceito de Direito como referência na proteção da pessoa humana ^[24] e da Humanidade. Uma historicidade que implica o reconhecimento de que são direitos transitórios, complexos e contextuais que não se bastam na possibilidade (o ser) mas na necessidade (o dever ser) de serem criados e concretizados.

Logo, a historicidade impõe uma abertura epistemológica à construção teórica dos Direitos Humanos a partir da interculturalidade e da interconexão

edição (2016), reimpressão de 2019, pp. 21-45 “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”

23. São apontadas como as primeiras Constituições formais a reconhecer estes direitos sociais e económicos como Direitos Fundamentais, as Constituições do México de 1917 e Alemã (de Weimar) de 1919.

24. Eduardo Vera-Cruz Pinto, “Os direitos das pessoas com deficiência: um desafio aos juristas do século XXI”, in AA. VV. O Direito e as Pessoas Vulneráveis na Contemporaneidade, org. Nilson Campos Silva, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2016, pp. 291-296; “O Direito e a pessoa humana pós-pandémica: as respostas jurídicas ao tempo que virá”, in AA. VV. Covid-19. O Mundo em Transformação, coord. Marco António M. da Silva, Eduardo Vera-Cruz Pinto e Paulo Moura Ribeiro, Quartier Latin, São paulo, 2022, pp. 83-98; “Human Dignity and Cyber-Terrorism. The Right and dignity of the new digital person: a testimony in the way of reflection”, in AA. VV. The Effectiveness of Human Dignity in the Globalized Society, coord. Marco António M. da Silva e Eduardo Vera-Cruz Pinto, Lambert Academic Publishing, Mldávia, 2021, pp. 79-89.

de elementos políticos e económicos, comprometendo os juristas (responsabilizando-os) no aprofundamento da Democracia com conteúdos materiais efetivos na distribuição da riqueza, na igualdade com reciprocidade e respeito pela diferença e na liberdade pessoal e política ^[25].

Universalidade

Como vimos, para a universalidade dos DH é importante não identificá-los com o bloco geopolítico ocidental, com a ideologia liberal, com o expansionismo anglo-saxónico capitaneado pelos EUA ou com o sistema económico capitalista ^[26].

Apesar da intensa propaganda norte-americana e inglesa e dos Estados que estão sob a sua influência política, cultural e económica, considerando-se a si próprios “comunidade internacional” e apresentando-se como o bloco da Liberdade e da Democracia, os DH não se podem identificar com regimes políticos como estes (ou quaisquer outros). Quem pode aferir do cumprimento dos DH pelos Estados são os juristas e não os Estados e as ONGs criadas pelos seus cidadãos e – muitas vezes – por eles financiadas.

O “Ocidente” com um passado conhecido ^[27] e um presente problemático ^[28], quanto aos valores que diz serem os seus, tem regimes políticos

25. Ver Norberto Bobbio, *O Futuro da Democracia. Uma defesa das relações de jogo*, trad. port. de Marco Aurélio Nogueira, 6ª ed., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1997.

26. O Debate na década de 30 do século passado, sempre revisitado, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre “quem interpreta a Constituição?” projetado na diferença entre o Estado Liberal (com o afloramento do neo-liberalismo como expressão política do capitalismo financeiro-especulativo dos anos 80 do século XX) e o Estado Social (ressurgimento do modelo social europeu após a crise financeira de 2008/2009) é um bom princípio para estudar os DH como Direitos Fundamentais.

27. O debate sobre os exercícios de memória e de esquecimento de acontecimentos traumáticos e problemáticos na História dos Povos é complexo e infundável (ver AA. VV. *Direito à Verdade, à Memória, ao Esquecimento*, coord. Eduardo Vera-Cruz Pinto, Marco António Marques da Silva, Maria Cristina de Cicco, AAFDL, Lisboa, 2018). O uso da História como arma política é uma constante no discurso mediático visando objetivos atuais concretos. A narrativa histórica e a forma como ela contribui para a formação de uma dada imagem coletiva de uma certa sociedade humana e a sua ligação à identidade nacional. A forma como um povo, ou um conjunto de povos com passados próximos, se vê a si próprio, de forma complacente e autocompassiva, na superação de factos do seu passado comum, justificando-os de forma geral e abstrata sem os explicar na sua facticidade objetiva. A responsabilidade dos historiadores, professores e juristas na forma como interpretam e escrevem sobre tais temas é aqui vital. Ver José Álvarez Junco, *Que Hacer con un Pasado Sucio*, Galaxia Gutenberg S.L., Barcelona, 2022.

28. São poucos os que aceitam falar dos erros do Ocidente na violação de DH, no apoio a ditaduras anti-comunistas, na guerra suja contra guerrilhas e o narcotráfico, recorrendo a tortura e execuções sumárias em Abu Graib e a prisões arbitrárias por décadas em Guantanamo, no derrube de governos eleitos através de golpes de Estado para colocar governos que lhes sejam favoráveis (coisas que fazem sem problemas e com o apoio de jornalistas e de opiniões públicas por eles formadas, mas que estão sempre a apontar aos outros e a considerar inaceitáveis). Os professores e intelectuais que aceitam que isso faz parte da sua história recente, acrescentam logo: “isso é passado e não justifica o que a Rússia está a fazer na Ucrânia”. Têm razão. No entanto, revelam a sua parcialidade e

charneira e governos com aprovação pública esmagadora quando tomam decisões que colidem frontalmente com os DH ^[29]. Estados que sacrificam a liberdade de expressão aos seus interesses estratégicos e a igualdade ao enriquecimento de muito poucos (sem preocupações de distribuição de rendimento através de sistemas fiscais progressivos para o combate às desigualdades).

É da responsabilidade dos juristas professores não permitirem este tipo de identificação entre DH e Ocidente pois além de não corresponder à verdade sobre a história da tutela jurídica da pessoa humana prejudica a credibilidade dos DH e a imparcialidade e independência de quem os defende e aprofunda. Só é Jurídico este caminho de compromisso com a pessoa humana independentemente dos regimes políticos que deles se reivindicam e das ideologias que deles se querem apropriar ou que dizem ser os únicos que com eles se identificam.

Logo, a universalidade dos direitos humanos não se pode confundir com a globalização que se expressa como americanização nem com a mundialização que aparece como europeização. A universalidade dos DH funda-se na pessoa humana livre para fazer as suas opções, igual em direitos a todas as outras pessoas e com os seus direitos pessoais (por ser pessoa humana) protegidos pelos Estados e pelas Organizações Internacionais. O Direito que protege a pessoa humana promove a paz pela justiça e a construção da igualdade em liberdade.

Uma das vias para o aprofundamento jurídico da universalidade dos DH é o desenvolvimento de convergências teóricas entre as várias formas de

estabismo políticos pouco académicos e que a História nada lhes ensina. Estão integrados numa estratégia de defesa de interesses nacionais dos Estados de que são cidadãos e, seja qual for a motivação e a justificação, ao fazê-lo ficam fora das regras éticas da docência. Condenam mas sem consequências. Para os Estados Ocidentais que assim agiram, violando Direitos Humanos e regras internacionais, não há sanções económicas, boicotes desportivos, cancelamento cultural, censura de meios de comunicação social, confisco de bens dos seus empresários. Só para os russos quando violam essas regras. Para eles, não. Aí está a universalidade ocidental dos direitos Humanos e a credibilidade do regime de sanções internacionais que eles gizaram para os outros.

29. O roubo (confisco) de bens de cidadãos russos, numa estratégia apresentada como uma rábula do Robin dos Bosques; o cancelamento da cultura russa na Europa; a censura dos meios de comunicação social russos ou suspeitos de serem “pró-russos”, o desrespeito pelos direitos dos emigrantes russos na Europa; a perseguição policial e o despedimento de trabalhadores russos que se recusaram a tomar posição contra o seu governo, como lhes foi exigido pelos empregadores; o discurso do ódio contra russos, apelidados de terroristas e assassinos pelo facto de serem... russos, etc. Esta histeria racista – seja qual for a causa apresentada para a justificar – diz muito sobre o entendimento que a Europa atual faz do seu compromisso com os Direitos Humanos universais.

pensamento dos autores^[30], ensinando que o universalismo personalista dos direitos é uma criação jurídica; não uma doutrina moral. Logo, resulta da base antropológica (natureza) e ontológica (razão abstracta) comum e igual a todos os seres humanos como pessoas e da historicidade das lutas políticas e sociais pela sua criação e concretização^[31].

Os DH assim entendidos, não podem conter nenhuma imposição de índole moral e valorativa, mas resultar de uma aceitação de regras jurídicas criadas pelos jurisprudentes com a base e o conteúdo já referidos. A universalidade dos DH vem do universalismo jurídico e implica a pluralidade e a diferença entre pessoas e povos; não de haver ou não decisão política normativamente expressa (não *decidibilidade*) ou de serem aceites ou compartilhados por todos.

A universalidade dos DH não se submete, mas não ignora as premissas culturais. Isto é, os elementos culturais, religiosos, políticos, identitários ou outros não podem servir para restringir ou mesmo violar os DH. Os DH estão sempre acima de qualquer norma ou situação - seja qual for a sua origem, legitimação ou fundamentação – que seja invocada contra eles.

Mas, a universalidade tem de ser construída e mantida em relações complexas de interculturalidade integradora, suscitando adesões voluntárias aos argumentos que sustentam que os DH são universais. Daí a sua criação jurisprudencial. Cabe aos jurisprudentes explicar, tantas vezes quantas forem necessárias; encontrando palavras e argumentos novos em cada incompreensão ou obstáculo colocado – a universalidade dos DH. Eles que só têm auctoritas, nada podem impor ou coagir porque desprovidos de imperium.

30. Por exemplo, entre o pensamento de Joaquín Herrera Flores (teoria crítica dos DH) e de Luigi Ferrajoli (DH como direitos fundamentais). Ver Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2004; *Epistemología Jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004; e “Sobre los Derechos Fundamentales”, in AA. VV. *Teoría del neo-constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007. E Joaquín Herrera Flores, “Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência”, in *Revista Sequência*, 44, Florianópolis, 2002; *A reinvenção dos Direitos Humanos*, trad. Carlos Roberto Diogo Garcia et alli, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009; *teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os direitos como produtos culturais*, trad. Luciana Caplan et alli, *Lumen Iuris*, Rio de Janeiro, 2009.

31. Lutas que não se podem retratar apenas na versão reducionista de uma História do Direitos Humanos que ignora muitas lutas, aliás as essenciais (como a luta contra o colonialismo e a exploração capitalista em países vítimas dessas agressões e os líderes dessas lutas), referindo sempre a Magna Carta inglesa de 1215, o Habeas Crpus Act de 1679, o Bill of Rights de 1689, as Revoluções americana (a Declaração de Virgínia de 1776) e francesa (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), a Constituição de Weimar, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, etc.

Não faz sentido o binómio: universalidade resultante de uma racionalidade abstrata e jurídico-formal; e de localismo (não-universalidade), assente na racionalidade concreta-material e no relativismo/particularismo cultural. Porque primeiro está o que é comum nas pessoas humanas enquanto tal e só depois o que é diferente nelas em virtude da sua inserção num grupo/comunidade.

Logo existe uma universalidade dos DH que resulta de um direito comum e igual a todas as pessoas humanas (universalidade a priori); e uma universalidade que resulta da construção em desenvolvimento (dinâmica criadora) dos DH (universalidade a posteriori). Não são cindíveis nem podem estar separadas. As duas universalidades constituem a Universalidade dos DH.

Irrenunciabilidade

A renúncia de uma pessoa aos seus direitos humanos não é juridicamente aceitável. Isto é, ninguém pode manifestar de forma juridicamente válida a sua vontade em abdicar da sua dignidade como pessoa. Essa Declaração, seja qual a forma que revista, é nula. A justificação para tal é que como são direitos inerentes à condição humana, nenhuma pessoa pode contrariar a sua própria condição ou natureza.

A irrenunciabilidade determina que o titular de um direito inerente à sua condição humana não pode dispor livremente desse direito ou da sua titularidade. Pois esse direito não é conferido a uma pessoa apenas para a proteger, mas ele integra um complexo de Direitos que, no seu conjunto, protegem todas as pessoas humanas. Logo, a força do conjunto e a sua unidade incidível, é garantia individual e coletiva de uma defesa eficaz da Pessoa humana, como sujeito de direitos e categoria jurídica abstrata e geral.

A irrenunciabilidade é aqui absoluta. Nesta matéria não se pode igualar Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Pode haver renúncia temporária e excepcional de um direito fundamental, em caso concreto de conflito de direitos aplicando-se aí o princípio da proporcionalidade entre o direito fundamental e o direito que se pretende proteger^[32]. Nos Direitos Humanos, não existe essa possibilidade.

32. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, "Direito Constitucional Descomplicado", 2ª ed, Impetus, p. 102.

Inalienabilidade

Não se pode abdicar deles pois são inerentes à natureza humana e integram a personalidade da pessoa humana.

A inalienabilidade: tem um significado jurídico preciso: os direitos humanos não são comercializáveis. Logo, não podem ser alienados ou transferidos. Estes direitos não estão à venda, nem podem ser objeto de qualquer transação onerosa ou gratuita. Os DH não são direitos patrimoniais^[33].

Os DH estão na titularidade de cada pessoa humana, logo de todas as pessoas humanas. Logo, são prerrogativas não contingentes nem inalteráveis da singularidade de cada um na igualdade de todos. Logo, a censura jurídica - que deve ser concretizada em sanção normativa pelo Estado - é grave para qualquer pessoa que pretenda ou concretize a alienação de DH ou que colabore com essa atitude ou comportamento.

A indisponibilidade dos direitos fundamentais pode ser: *indisponibilidade ativa*, referente à impossibilidade do titular de um direito fundamental vir a aliená-lo; *indisponibilidade passiva*, que consiste na inadmissibilidade destes direitos serem expropriados ou limitados pelo Estado ou por outros indivíduos^[34].

Caso esta ordem de inalienabilidade fosse subvertida, iríamos nos deparar com o triunfo da lei do mais forte, o fim de todas as liberdades e do próprio mercado e, conseqüentemente, a negação do direito e a regressão ao estado de natureza.

Assim, FERRAJOLI considera a característica de inalienabilidade, nos termos mencionados, como um dos fatores de diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais. O autor menciona (p. 46-50), ainda,

33. Os Direitos Fundamentais Universais/ Direitos Humanos são *universais*, os direitos patrimoniais são direitos *singulares* (para cada direito patrimonial há um titular, com exclusão de todos os demais); os primeiros estão expressos em normas (ex lege); já os segundos são *predispostos por normas* (são sempre atuações singulares e predispostas pelas normas que os preveem). Os primeiros são horizontais e verticais (relações publicísticas) e os segundos são apenas horizontais (relações intersubjetivas civilistas).

34. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999. pp. 47-48.

outras três distinções essenciais entre os referidos direitos, fundamentais para compreender a estrutura do Estado constitucional de direito, conforme passamos a analisar.

A inalienabilidade não é ilimitada. Se impossibilidade de alienar entrar em conflito com o exercício de um outro direito igualmente fundamental é preciso ponderar o que melhor defende a dignidade da pessoa humana no âmbito do Bem comum e da preservação da ordem pública.

Imprescritibilidade

A sua violação não prescreve. Seja qual for o tempo necessário para levar a julgamento os acusados eles irão ser julgados.

Importa, no entanto, deixar claro que a responsabilidade é apenas daquele que é acusado e a morte dos acusados coloca fim ao Julgamento. A culpa é individual, não coletiva, e pessoal, não se transmite para ninguém (parentes, conterrâneos ou compatriotas, outras pessoas sejam quem forem).

E verifica-se aqui, ainda com mais acuidade, o conjunto de regras em que assenta o Estado de Direito: presunção de inocência; processo equitativo e justo; tribunal independente e juízes imparciais; respeito pelas regras da prova; culpabilização só no fim da investigação; condenação só depois do trânsito em julgado da sentença.

Por isso, não é possível julgar os autores materiais e morais de crimes contra a Humanidade que já morreram^[35]. Embora seja necessário investigar, nomear os culpados, conhecer o sofrimento das vítimas e das suas famílias e ser sempre possível reconhecer esses crimes e divulgar que aconteceram como forma de pedagogia do – nunca mais – como praticou Simon Wisenthal e tantos outros antes e depois dele.

35. O bombardeamento atômico de Hiroxima e Nagasaki; o genocídio dos cristãos armênios pelos turcos otomanos e dos agricultores ucranianos pelos russos soviéticos; o massacre de polacos em Katyn pelo exército soviético; os bombardeamentos dos EUA sobre o Vietnam do Norte, nomeadamente na cidade de Ho Chi Min; os gulag soviéticos e as chacinas de Estaline; os crimes dos Khmeres Vermelhos; e da revolução cultural maostas; do genocídio dos nativos americanos; da escravização racial dos negros, os crimes do regime do apartheid; as perseguições religiosas, etc..

Não se pode confundir a responsabilidade penal de acusados de terem praticado crimes contra a Humanidade e que violam Direitos Fundamentais Universais /Direitos Humanos e a direitos à memória e à recuperação da dignidade pessoal e coletiva perdida ou violada pela prática de crimes de violação de Direitos Humanos cujos perpetradores estejam já mortos.

Um caminho para a justiça possível – quando não é possível proceder a julgamentos no plano judicial - é a constituição de Comissões independentes de Justiça e Paz para a reconciliação de partes que protagonizaram tais violências.

Conectividade

Os DH não podem ser criados ou aplicados de forma isolada nem separados dos contextos político-sociais em que são exercidos. Só através da conectividade e interligação entre os DH podemos impedir a manipulação simbólica dos adversários dos DH^[36] que ocupam os órgãos de comunicação social e algumas estruturas académicas e impedir a perpetuação/reprodução de sistemas que mantêm as desigualdades e os privilégios de poucos à custa de muitos.

São as redes interconectadas de luta pelos direitos que permite manter a expansão dos DH. Daí a recusa absoluta em dividir estes direitos e isolar os argumentos que os sustentam. Por isso, a conectividade implica a alteridade. Colocar-se no lugar do outro (o outro como diferente), com a questão preliminar: e se fosse eu?

Ora, na proteção do Outro um direito humano não pode existir isolado, só com os demais direitos humanos. Não são direitos apenas existentes mas co-existentes. Não há parte sem todo; nem todo sem parte.

Os direitos da pessoa humana não são apenas os direitos individuais. São mais e são todos iguais na sua importância e concretização. Por isso, evitamos a designação “direitos individuais”, pois esta expressão tem sido

36. Sheera Frenkel e Cecília Kang, Manipulados, Ed. Objectiva, Lisboa, 2022

conceptualizada no âmbito das ideologias políticas de matriz neoliberal e nas doutrinas jurídicas de racionalidade abstrata e generalizante, para se opor à concretização horizontal com estes direitos de outros (sociais, políticos, económicos e culturais) que são imanentes à dignidade da pessoa humana^[37].

É isso que significa a conectividade: a horizontalidade entre todos estes direitos humanos (no seu conjunto) e a igual importância na sua concretização. A hierarquização ou verticalização dos direitos humanos tem servido para descomprometer as instituições públicas e desresponsabilizar os seus titulares de criar, desenvolver e fazer cumprir outros direitos humanos que não apenas os direitos individuais ou de personalidade.

Claro que, numa situação extrema em que for preciso optar entre direitos vitais (direito à vida; à integridade física; à liberdade pessoal, etc.) e de personalidade (direito à intimidade da vida privada^[38]; ao nome, à imagem, à honra, etc.) e direitos económicos e sociais prevalecerão sempre os primeiros. É preciso dizê-lo para rejeitar visões coletivistas, estadualistas, economicistas, materialistas que propõem uma igualização absoluta sem hierarquia interna em prejuízo da pessoa humana. Mas esta hierarquização só pode ocorrer em situações extremas e justificadas.

A conectividade ajuda também a substituir o pensamento atomista, formal e sistemático, próprio de uma ciência jurídica fundada na sistemática normativa legal, por um pensamento estratégico e integrado, próprio da cultura jurídica e fundado na regra de Direito. Uma posição doutrinária que supera a hegemonia da lei e o controlo político do poder institucionalizado por um pensamento que procura as causas para compreender os efeitos e atua para modificar o existente no sentido das exigências dos DH (de jure condendo).

37. Referir aqui a imanência dos DH à dignidade da pessoa humana não significa um desvio para considerações filosóficas ligadas ao transcendente e a doutrinas – importantes, mas superadas – de um tempo que culminou com o contratualismo lockeano e com as grandes Proclamações e Declarações de Direitos, nomeadamente a DUDH. A pessoa humana não pode ser abstratamente considerada, mas tem de ser objectivizada na realidade concreta e nas circunstâncias em que se encontra. Em Direito não pode haver abstrações. Nos DH a abstração é fonte de fraqueza e fragilidade na sua defesa e protecção. Reduzir o discurso dos DH a uma linguagem ótica impede a vivência da historicidade dinâmica que impõem mudanças no instituído, mantendo as estruturas e as mentalidades que violam esses direitos. Basta seguir os relatórios do PNUD para entender isto.

38. Hoje muito ligada à protecção de dados pessoais na internet. Ver Clarissa Véliz, *Privacidade é Poder*. Por que razão e como devemos recuperar o controlo dos nossos dados, ínculo dos leitores, Lisboa

Esta é a parte mais juridicamente significativa da horizontalidade/conectividade dos DH. A auctoritas dos jurisprudentes (um saber socialmente reconhecido e assente na experiência/intuição) expressa-se aqui como função social de um conhecimento especializado sobre todos os direitos humanos em plano igualitário e interligado visando o seu desenvolvimento e efetivação.

Efectividade

A Efectividade tem de integrar as características dos DH sob pena de esses direitos serem meras proclamações de princípios, com um conteúdo só formal e programático sem qualquer aplicação prática, sem concretização factual, logo sem juridicidade (seriam apenas expressão de uma moralidade afirmativa).

Sem efectividade a sua violação não teria qualquer consequência para quem transgrediu. A impunidade levaria ao descrédito da dimensão jurídica concreta dos DH. Por isso, A efectividade não se esgota apenas na garantia normativa por reconhecimento do Estado (legislativo, executivo e judicial) mas na criação de condições para o seu respeito nas sociedades.

Educar para uma cultura de paz e não-violência, consciencializar as pessoas sobre as exigências pessoais e colectivas colocadas pelo respeito aos DH, desenvolver uma sensibilidade para detectar e responder a injustiças, dar meios para denunciar situações de incumprimento e combater a impunidade são elementos essenciais para garantir a prevenção – e não apenas a repressão – das violações de DH. Ora, efetivar os DH é evitar prevenindo a sua violação.

Não adotamos a classificação de Karel Vasak de DH por categorias de gerações. Esse é um critério ultrapassado pela dinâmica atual dos DH e pela conectividade e interdependência que os caracteriza. O método de criação jurisprudencial permite respeitar a dinâmica progressiva e emancipatória dos DH e das suas várias dimensões: Liberdade; Igualdade; Fraternidade; Biotecnologias; Justiça e Paz.

Violação dos Direitos Humanos A problemática das migrações

*VIOLATION OF HUMAN RIGHTS
THE PROBLEM OF MIGRATION*

Vanessa Toscano de Melo

Advogada em Portugal.

Sumário

1. Introdução.
2. Direitos Humanos.
3. Migrações.
4. Conclusão
5. Bibliografia.



Resumo

O presente artigo versa sobre a problemática atual da violação dos direitos humanos no processo de migração da população, onde primeiramente é feita uma explicação do que são direitos humanos, e qual a sua integração a nível constitucional em Portugal e são posteriormente abordadas situações atuais da violação de direitos humanos em contexto dos migrantes.

A violação dos direitos humanos, é uma problemática que se arrasta ao longo dos séculos, e, infelizmente, mesmo com todo o desenvolvimento da atualidade continuam a verificar-se situações gravíssimas, algumas até equiparadas às vividas pelos escravos.

Palavras-chave: Migração, direitos humanos, direitos invioláveis, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Abstract

This article deals with the current problem of the violation of human rights in the process of migration of the population, where first an explanation is made of what human rights are, and what is their integration at the constitutional level in Portugal and then current situations of violation are addressed of human rights in the context of migrants.

The violation of human rights is a problem that has dragged on over the centuries, unfortunately, even with all the development of today, very serious situations continue to occur, some even equivalent to those experienced by slaves.

Keywords: Migration, human rights, inviolable rights, European Convention of Human Rights, Universal Declaration of Human Rights.

1. Introdução

Em virtude das constantes guerras em determinados pontos do globo, sendo o ponto mais marcante, atualmente, a situação que se vive na Ucrânia, bem como as dificuldades económicas vividas em vários países, verificamos a migração inúmeras pessoas, que com muito poucos recursos económicos, são forçadas a viajar em condições degradantes na tentativa de conseguir uma melhor qualidade de vida, colocando em causa os seus direitos humanos consagrados.

A vontade de alcançar algo mais e melhor, quer a nível individual como familiar, leva a que muitos partam rumo ao desconhecido, colocando a sua segurança e conseqüentemente a vida em risco, rumando sem promessa de trabalho, sem casa, e muitas vezes sem apoio no país destino.

Como maior exemplo da violação dos direitos humanos em prol, de uma esperança em obter melhor qualidade de vida, bem como mais segurança, temos o caso dos vários cidadãos sírios que, em virtude do constante desespero da guerra vivida na Síria, investem todo o seu dinheiro nas chamadas “viagens da morte”, onde são colocadas várias pessoas, sem comida e água, em camiões ou barcos, completamente à sua sorte, na tentativa de conseguirem fugir da guerra.

No presente artigo temos como objetivo explicar a temática da violação dos direitos humanos tendo em consideração os factos supra descritos, ou seja, tendo em consideração as migrações forçadas por parte da população, como uma atitude de desespero, investindo todas as suas poupanças possíveis, numa viagem ao desconhecido, em condições desumanas, chegando inclusive a ofender a própria dignidade humana.

2. Direitos Humanos

Os direitos Humanos aplicam-se a todos os cidadãos, independentemente da sua raça, cor, sexo, entre outros fatores, sendo que, tal como estabelece o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”* No entanto, importa desde logo clarificar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, não se aplica a todo o globo. Por exemplo, no caso da cultura Islâmica deve ser tida em conta sua respetiva lei ^[1], uma vez que a sua cultura é diferente da europeia e como tal, têm um entendimento no que toda a direito humanos diferente do europeu.

Os direitos humanos, seja qual for a lei aplicável, são entendidos como direito inabaláveis e invioláveis, não podendo ser restringidos ou afetados de maneira nenhuma, têm como principal finalidade a proteção da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis, com o objetivo de repetir os atos bárbaros que vão contra a liberdade, por exemplo.

Sendo que, dentro do ordenamento jurídico português, é feita uma divisão dos direitos humanos, enquadrando uns como direitos, liberdades e garantias, conforme consagram os artigos 24º e seguintes da CRP, e outros como direitos e deveres económicos, sociais e culturais, nos termos dos artigos 58º e seguintes da CRP.

No que diz respeito ao Direitos, liberdades e garantias estes traduzem-se no direito à vida, à liberdade ^[2] e à segurança pessoal ^[3], à integridade

1. Cfr. Migrações, Direitos Humanos e Desenvolvimento. **AMI TIE – Migrações e Direitos: Juntos a Promover o Desenvolvimento.** Disponível em <http://amitiocode.eu/pt/migra%C3%A7%C3%B5es-direitos-humanos-e-desenvolvimento>. Consultado a 21 de setembro. 2022.

2. Neste ponto, englobamos o direito à liberdade de circulação, de expressão, de escolha de religião e profissão, de pensamento, de reunião e de associações pacíficas, conforme consagram os artigos 3º, 13º, 14º, 15º, 16º 18º, 19º e 20º da DUDH.

3. Cfr. art. 3º da DUDH com os arts. 24º e 27º da CRP.

pessoal ^[4], no reconhecimento da sua personalidade judiciária e da proteção relativamente a qualquer forma de discriminação ^[5], nas garantias de processo criminal ^[6], segundo as quais, presumindo-se como inocente até prova em contrário, evitando assim uma decisão em função da etnia, orientação ou nacionalidade, por exemplo.

Já no caso dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, podemos apontar o direito à segurança social ^[7], ao trabalho ^[8], à educação ^[9], cultura e ciência.

Quando falamos em direito humanos, no âmbito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estamos a fazer referência, desde logo ao princípio da igualdade, referido no artigo 1º da DUDH ^[10], segundo o qual todos os seres humanos nascem livre e iguais em dignidade e em direitos, deixando claro que, reitero, não devem de existir distinções entre cidadãos no que concerne a direitos.

Importa ainda mencionar que ao falar de direitos humanos e defendê-los equivale a assumir, ainda que tacitamente, uma postura ética universalista, quer ela pressuponha um realismo moral ou não ^[11].

3. Migrações

As migrações traduzem-se num movimento de deslocação da população de um determinado território para o outro, consistindo assim, na entrada e fixação desses indivíduos num território distinto do da sua origem.

4. Conforme consagra o art. 25º da CRP, defendendo a DUDH esse mesmo direito no seu art. 4º e 5º.

5. Proteção consagrada pelos arts. 6º e 7º da DUDH e no art. 26º da CRP.

6. Cfr. art. 10º e 11º da DEDH e art. 32º da CRP.

7. Analisar comparativamente os art. 22º e 25º da DUDH com o art. 63º da CRP.

8. Conforme consagra o art. 58º e 58º da CRP e os arts. 23º e 24º da DUDH.

9. Cfr. art. 76º da CRP e art. 26º e 27º da DUDH.

10. Igualmente refletido na nossa Constituição, nomeadamente no art. 13º.

11. Op. Cit. MARCELO, Gonçalo – “Uma defesa da migração como direito humano: problemas desafios e tarefas”, in Direitos Humanos e Migrações, pp. 43-56.

Pode-se dizer que os migrantes podem ser divididos em duas categorias, o migrante voluntário ou económico, onde se enquadram todas as pessoas que saíram do seu país por livre vontade, com a intenção de melhorar a sua educação académica, por exemplo, e o migrante forçado ou refugiado, que engloba todas os migrantes que saíram do seu país por questões alheias à sua vontade, devido à guerra, por exemplo, ainda dentro da “categoria” de migrante refugiado, podemos subdividi-la em migrantes ambientais e migrantes da fome, na primeira situação, as pessoas são obrigadas a sair do seu território de origem em virtude de catástrofes naturais, já no segundo caso, refere-se às pessoas que são forçadas a sair do seu território de origem, sob pena de morrerem à fome, visto que naquela zona, não conseguem trabalhar e conseqüentemente obter qualquer rendimento que lhes permita a sobrevivência, ou nas situações em que o país é de tal forma pobre que não tem as condições necessárias para a população, como é o caso da Nigéria, que consiste no país com mas pobreza extrema no mundo ^[12].

Apesar de nem sempre as migrações assumirem um carácter depreciativo, a verdade é que, num grande volume de situações, os migrantes são colocados em situações degradantes, tanto durante o movimento de migração, a viagem, como posteriormente quando já na fase de integração em território estrangeiro.

Tal como por diversas vezes foi noticiado em comunicação social nacional, apesar de por vezes grande parte da população continuar negacionista relativamente a esse facto, também em Portugal lidamos com a problemática da violação dos direitos humanos ^[13], sendo muitos dos imigrantes, desesperados por um trabalho, sujeitos a condições de habitabilidade e de trabalho que não são dignas, saem dos seus países de origem com a promessa de um contrato de trabalho, na agricultura por exemplo, onde lhes fornecem a habitação e quando chegados a Portugal são sujeitos a salários inferiores ao legalmente

12. Cfr. NIGÉRIA é o país com mais pobreza extrema no mundo. Jornal de Angola, Angola, 01 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jornaldeangola.ao/ao/noticias/detalhes.php?id=407792>.

13. Tendo inclusive sido noticiado em dezembro de 2021 “ONU aponta indícios de violação de direitos humanos de pessoas negras em Portugal”, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=aycC9NsbrN8&t=30s>.

permitido, com períodos laborais muito superiores às 8h (oito horas) diárias e 40h (quarenta horas) semanais e colocados a residir em espaços extremamente pequenos para a quantidade de pessoas que lá habitam, sem condições de higiene, ofendendo o direito ao trabalho estipulado no artigo 23º n.º1, 2 e 3 e 24º da DUDH e 4º da CEDH, direito este, que tal como supra mencionado, se trata de um direito humano e como tal, não pode ser limitado ou alienado. Ainda assim, existe um elevado número de imigrantes que se sujeitam a esta “tortura”, sem levantar questões, devido a virem de países extremamente pobres, onde este tipo de comportamento é normal, como o caso da Nigéria, por exemplo, ou porque trabalhar e viver nestas condições é melhor do que estar em constante cenário de guerra, em pânico constante.

Com o início da pandemia Covid-19 e os respetivos cercos sanitários efetuados descobriram-se vários casos de violação dos direitos humanos nomeadamente em Odemira, foi possível constatar que existiam centenas de imigrantes a viver em condições desumanas, grande parte provenientes do Paquistão, Índia, Bangladesh e Tailândia, entre mais de vinte nacionalidades, que se sujeitavam a constantes situações de torturas e humilhações, tendo inclusive a ordem dos advogados emitido um relatório onde consta que “*existe um problema seríssimo e preocupante de potencial violação de direitos humanos com a população migrante*”, existem organizações de trabalho temporário que ficam com parte dos salários destes imigrantes e alojam-nos em contentores, onde habitam dezenas de pessoas em espaços minúsculos, sem água quente ou qualquer comodidade, em condições desumanas e humilhantes. Sendo certo que, não lhes é garantido o acesso ao Serviço Nacional de Saúde, à Segurança Social ou outras entidades que têm direito de acordo com o art. 22º da DUDH em virtude de não se encontrarem legalmente em Portugal e não terem conhecimento dos referidos direitos, estes lhes são vedados, por questões alheias aos serviços nacionais. Motivados pelo medo de serem enviados para o seu país de nacionalidade e pela vontade de conseguir adquirir a nacionalidade portuguesa, estes migrantes sujeitam-se a condições desumanas, sem denunciar estas violações graves de direitos humanos. Mais, refere o relatório da OA que “*os migrantes ficam numa situação precária aos seguintes níveis: subsistência, habitabilidade, acesso a bens essenciais,*

direito à saúde, higiene e sem quaisquer programas de integração social ou laboral após aquela sazonalidade laboral que os trouxe até Portugal^[14]”.

Como exemplo mais abordado na atualidade temos a imigração em virtude da guerra temos a deslocação da população ucraniana para vários pontos do globo, com o objetivo de conseguirem escapar à guerra, largando o pouco que têm, ou o que ainda não foi destruído pela guerra, em troca da possibilidade de conseguir alcançar segurança e consequentemente liberdade, valor este, que tal como anteriormente mencionado consiste num direito humano que não pode ser violado ou alienado. Em Portugal, segundo documentos apresentados pelos Serviços de Estrangeiros e Fronteira (SEF), já em 2012, antes do início dos ataques russos, os Ucranianos consistiam na segunda maior comunidade estrangeira residente em Portugal.

Em janeiro de 2020, um cidadão ucraniano desembarcou em Lisboa, de um voo proveniente da Turquia e acabou por ser decidido pelos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras que o mesmo retornaria à Turquia no voo seguinte, em virtude de não ter autorização para entrada em Portugal, o que até aqui não levantaria qualquer problemática em sede de direitos humanos. No entanto, o cidadão desesperado com a possibilidade de voltar para a Turquia teve uma reação pouco correta, e acabou mesmo por ser levado para uma sala no Centro de Instalação Temporária do aeroporto, onde foi brutalmente espancado, algemado, incapaz de se defender de todas as agressões físicas^[15], e veio a falecer em virtude das mesmas, sem que fosse comunicado à polícia judiciária o que ali tinha ocorrido, só posteriormente o instituto de medicina legal de Lisboa, face às fortes evidências de que o imigrante tinha falecido devido à brutalidade das agressões que sofreu, concluindo inclusive que o corpo do ucraniano apresentava sinais de asfíxia, que segundo a sua análise não fora

14. Cfr. ALMEIDA, Cláudia Monarca (2021). “Problema seríssimo de potencial violação de direitos humanos”: Ordem dos Advogados divulga relatório sobre migrantes em Odemira”. Expresso, 17 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2021-12-17-Problema-serissimo-de-potencial-violacao-de-direitos-humanos-Ordem-dos-Advogados-divulga-relatorio-sobre-migrantes-em-Odemira-f9af2d10>

15. Resulta do Ac. do STJ de 02.12.2021, proc. nº 7/12.5JALRA.C1.S2 R: CID GERALDO, “que os arguidos agarraram, imobilizaram, desferiram socos e pontapés no abdómen, no peito, na cabeça da vítima, deixaram-no prostrado no solo e em seguida abandonaram todos o local e, em consequência de tais agressões, a vítima sofreu diversas lesões traumáticas que lhe causaram direta e necessariamente a morte”

imediate, mas lenta, devido às fraturas nas costelas que foram impedindo a respiração, causando assim uma morte extremamente dolorosa e lenta. Assim, dúvidas não restarão de que, neste contexto, estamos perante a violação grave de direitos humanos, mais concretamente dos enunciados nos artigos 1º, 2º, 3º, 5º e 7º da DUDH, bem como dos artigos 2º, 3º e 14º da CEDH.

Mais, a situação supra elencada consubstancia desde logo um ato de discriminação contrário ao disposto no artigo 2º da DUDH, que onde se retira que “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”, o que não aconteceu no caso concreto, uma vez que, o cidadão ucraniano viu os seus direitos serem restringidos e ameaçados de forma gravíssima, demonstrando uma atitude de racismo/discriminação por parte das forças do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

Ainda num contexto de imigração provocada pela Guerra, temos também a imigração da população Síria, por exemplo, país que se encontra em guerra civil desde 2011, e que ainda hoje retira a vida a inúmeros inocentes. No entanto, neste caso, as imigrações são feitas maioritariamente por meio ilegal, ou seja, com o desespero, a população recorre a barcos ou até mesmo camiões para efetuar a entrada noutros países, colocando em perigo o seu direito à vida, direito este que assume uma posição de destaque comparativamente com os restantes, podendo efetivamente dizer-se que se traduz no direito mais importante da DUDH e da CEDH, e ainda assim estes migrantes se vêm obrigados a colocar em causa, só com a pretensão de conseguir obter uma melhor qualidade de vida, com mais segurança, sem o receio constante de viver num território regularmente bombardeado.

De ressaltar que, a maior parte das imigrações dos sírios, se não a totalidade, são ilegais, vulgarmente conhecidas como clandestinas, o que torna particularmente difícil a intervenção por parte dos estados em assegurar o respeito dos direitos humanos, sendo que quando falamos dos migrantes Sírios,

podemos igualmente falar dos migrantes Timorenses, Marroquinos, entre outros, vindo muitos destes imigrantes sem alojamento prévio, sem qualquer quantia monetária para se conseguirem sustentar, pelo menos, durante o primeiro mês em território português.

Ainda assim, não só os migrantes ilegais são uma problemática no que tange a violação dos direitos do homem, também os imigrantes ditos legais podem vir a sofrer no que tange aos seus direitos humanos, falo neste caso, da situação dos Africanos, por exemplo, estes viajam para Portugal com o objetivo de ter acesso a um melhor sistema de ensino, e são constantemente vítimas de racismo, discriminados em locais públicos e sujeitos a comentários devido á sua tonalidade de pele, indo contra o que se encontra estipulado nos artigos 14º da CEDH, 1º e 7º da DUDH, segundo os quais, *“todos os seres humanos tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”*^[16].

4. Conclusão

Aqui chegados, devemos fazer uma breve síntese dos principais aspetos abordados na exposição.

Assim, em primeiro lugar, devemos mencionar que os direitos humanos, são regulados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, consistindo em direitos concedidos internacionalmente, considerados como invioláveis e imprescindíveis que se aplicam a todos os cidadãos, independentemente da sua raça, cor, sexo, entre outros fatores, têm como principal finalidade a proteção da dignidade inerente a todos os membros da família humana, garantindo uma igualdade de tratamento e proteções entre todos.

16. Cfr. art. 2º nº1 da DUDH.

No entanto, apesar desta proteção e do princípio da igualdade que se pretende aplicar com a defesa dos direitos humanos continuam a verificar-se situações desconformes que colocam em causa estes direitos, conforme se verificou pelos exemplos indicados na exposição, sendo que, no caso concreto apenas relativamente à violação dos direitos humanos relacionadas com a imigração, sem negar que efetivamente o problema se verifica em determinadas situações sem estar relacionado com qualquer migração.

Assim sendo, podemos concluir que efetivamente, a violação dos direitos humanos é uma problemática presente em Portugal, bem como no resto do mundo, o que se verifica incompreensível que, face à existência de uma sociedade tão avançada tecnologicamente, se pode continuar a admitir comportamentos tão retrógrados e indignos.

5. Bibliografia

ALMEIDA, Cláudia Monarca (2021). “Problema seríssimo de potencial violação de direitos humanos”: Ordem dos Advogados divulga relatório sobre migrantes em Odemira”. Expresso, 17 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2021-12-17-Problema-serissimo-de-potencial-violacao-de-direitos-humanos-Ordem-dos-Advogados-divulga-relatorio-sobre-migrantes-em-Odemira-f9af2d10>

Migrações, Direitos Humanos e Desenvolvimento. **AMI TIE – Migrações e Direitos: Juntos a Promover o Desenvolvimento**. Disponível em <http://amitiocode.eu/pt/migra%C3%A7%C3%B5es-direitos-humanos-e-desenvolvimento>. Consultado a 21 de setembro. 2022;

MARCELO, Gonçalo – “Uma defesa da migração como direito humano: problemas desafios e tarefas”, in Direitos Humanos e Migrações, pp. 43-56.

NIGÉRIA é o país com mais pobreza extrema no mundo. Jornal de Angola, Angola, 01 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jornaldeangola.ao/ao/noticias/detalhes.php?id=407792>.

RODRIGUES, L. Barbosa & CARNEIRO, Alberto Soares (2015). Direitos Humanos – Textos Fundamentais 2ª Edição (revista e ampliada). QUIS JURIS – Sociedade Editora Lda., Lisboa. ISBN: 978-972-724-710-3;

Legislação

1. Constituição da República Portuguesa;
2. Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
3. Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Jurisprudência

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

Ac. do STJ de 02.12.2021, proc. n.º 7/12.5JALRA.C1.S2 (CID GERALDO)

Sequestro Internacional no Brasil e a Legitimidade da Voz da Criança

*INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION IN BRAZIL AND
THE LEGITIMITY OF THE CHILD'S VOICE*

Cassio S. Namur

Advogado, sócio de Tortoro, Madureira & Ragazzi Advogados. MBA em Finanças Corporativas pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA/USP). Presidente eleito da Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEFAM). Membro do Conselho Deliberativo e Diretor de Relações Internacionais do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Primeiro Vice-diretor de Relações Internacionais do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Sócio fundador e segundo vice-presidente da Federação dos Advogados de Língua Portuguesa (FALP). Membro da Lista de Árbitros do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Líbano (CCBL), em São Paulo; da Lista de Árbitros da Câmara de Arbitragem das Eurocâmaras (CAE), em São Paulo; do Comitê Consultivo de Educação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), como representante designado da Associação Brasileira das Companhias Abertas (ABRASCA); do Conselho da Câmara de Comércio França-Brasil, em São Paulo; da Diretoria da Câmara de Comércio e Indústria Brasil Alemanha, em São Paulo.

Sumário

1. Introdução. 1.
2. Sequestro internacional de crianças e adolescentes no Brasil.
3. A oitiva da criança e do adolescente como meio de assegurar o seu direito de escolha e de convivência.
4. Conclusões.
5. Bibliografia



Resumo

O presente artigo estuda o sequestro internacional e a legitimidade da voz de crianças e adolescentes no Brasil, sob a ótica da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, por considerar que a oitiva de crianças e adolescentes é necessária. Todavia, nem sempre é exercida, como demonstraremos ao longo do texto.

Palavras-chave: Sequestro internacional; Criança; Haia; Proteção.

Abstract

The present article studies the international child abduction in Brazil and the legitimacy of the voice of the child, from the perspective of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, considering that the hearing of children and adolescents is necessary. However, it is not always exercised, as we will demonstrate throughout the text.

Keywords: International child abduction; Hague; Protection.

1. Introdução

Tema recorrente no mundo, o sequestro internacional de crianças, em geral cometido pelos pais, não foge da supervisão das autoridades brasileiras.

O Brasil possui um amplo sistema legislativo que visa proteger as crianças e adolescentes. Prova disso, está na qualidade de Carta Maior do Estado, a Constituição Federal, que ao disciplinar sobre esta matéria no “Capítulo VII - Da Família, da Criança do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, em seu artigo 227 estabelece:

“Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao jovem, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. ”

Segundo a Constituição Federal, o cuidado com a criança e com o jovem é um dever que cabe a todos, não somente à família, incluindo o Estado e demais cidadãos, que devem zelar para os seus direitos serem observados, assim como as disposições de guarda e demais prerrogativas correlatas sejam cumpridas.

Neste ponto vale relembrar a existência de excelentes dispositivos legais no Brasil para proteção ao público referido neste artigo. Em especial, destaco o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13/07/1990 (“ECA”), atualizado ao longo dos anos, um dos mais completos do mundo. Tendo como parâmetro as diretrizes constitucionais, o ECA estabeleceu normas com essa intenção em seus artigos 3º e 4º:

“Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.”

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. ”

Diante deste cenário, é possível concluir – do ponto de vista legal – que as regras nacionais são completas, abrangentes e condizentes com a realidade do país e confirmam o princípio constitucional do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, os dispositivos legais mencionados do Estatuto têm por escopo reproduzir não apenas a Constituição Federal, mas também o que

está previsto na Declaração de Princípios da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20/11/1989, ratificada pelo Brasil em 26/01/1990, por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 14/09/1990, vindo a ser promulgada pelo Decreto Presidencial nº 99.710, de 21/11/1990 (“Convenção sobre os Direitos da Criança”). “Precedente de mais de ano à adoção daquela Convenção, já estava em vigor a Constituição de 1988, que dedica à criança e ao adolescente um dos mais expressivos textos consagradores de direitos fundamentais da pessoa humana, cujo conteúdo foi explicitado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela já referida Lei 8.069/1990”, conforme afirma José Affonso da Silva.^[1] Todo esse compilado que recorro aqui, já evidencia a preocupação do Brasil no intento de atender aos interesses dos vulneráveis em questão.

Mas, essa é uma breve introdução para adentrarmos ao tema mencionado no título: sequestro internacional de crianças e adolescentes.

2. Sequestro internacional de crianças e adolescentes no Brasil

Segundo a Convenção da Haia #28, de 25/10/1980, sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, em vigor no exterior desde 01/12/1983 (“Convenção”), o conceito do sequestro internacional de crianças e adolescentes é definido como a transferência ilícita ou a retenção indevida em país diferente daquele em que a criança detinha sua residência habitual, sem o consentimento de um dos genitores, responsáveis legais ou autorização judicial.

O Brasil ratificou a Convenção muitos anos após sua criação. O Congresso Nacional a aprovou por meio do Decreto Legislativo n. 79, de 15/09/1999, tendo o governo brasileiro depositado o instrumento de adesão à Convenção em 19/10/1999, passando a vigorar no país em 01º/01//2000, conforme se verifica do Decreto Presidencial de

1. SILVA, José Affonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 853.

Promulgação nº 3.413, de 14/04/2000, publicado no Diário Oficial do dia 17 do mesmo mês.

A referida Convenção abrange crianças e adolescentes, porquanto em seu artigo 4º prevê a proteção para crianças de faixa etária de até 16 anos, cessando a sua aplicação quando a criança atingir essa idade. Vale lembrar que a descrição legal brasileira estabelece como crianças, os cidadãos com até 12 anos de idade incompletos e adolescentes aqueles que têm entre 12 e 18 anos, conforme previsto no art. 2º do ECA, que dispõe:

“Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Ressalto que a partir deste excerto, passarei a adotar a expressão “criança” para tratar de ambos.

Os dois principais objetivos do acordo da Haia estão definidos em seu artigo 1º, que assim estipula:

Artigo 1

"A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.”

É cristalino, portanto, que a Convenção visa assegurar o retorno imediato dos vulneráveis ilicitamente transferidos para quaisquer Estados Contratantes da Convenção ou neles retidos indevidamente e, ainda, fazer respeitar entre os Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita.

Para resolver essa situação dramática e solicitar a volta da criança à sua residência habitual ou corrigir um caso de retenção, é necessário que o acontecimento tenha ocorrido há menos de 1 ano (Artigo 12 da Convenção). O artigo 12 estabelece:

Artigo 12

“Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retomo da criança.”

A título informativo, recebo ocasionalmente consultas de pais que procuram notícias sobre seus filhos “sequestrados”, após esse período de um ano, o que infelizmente significa que a Convenção não mais pode ser invocada e aplicada. Nestes casos, os pais terão de recorrer a acordos ou buscar o Judiciário, pelas vias ordinárias, a fim de valer os seus direitos e os de seus descendentes.

A restituição precisa ser imediata, sendo que as autoridades judiciais ou administrativas devem tomar uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data da apresentação do pedido, consoante previsto no artigo 11 da Convenção:

Artigo 11

“As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno da criança.

Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente.”

O estipulado no artigo 11 da Convenção significa que se trata de uma resolução sem demora, conforme previsto no artigo 12 da Convenção. Se este prazo for ultrapassado, o que é recorrente, a Autoridade Central precisa justificar as razões do atraso.

Existem inúmeros motivos pelos quais se dá o sequestro internacional de crianças, como a violência doméstica, física, psíquica ou sexual. Ou ainda situação de guerra ou de conflagração armada e, ultimamente, até atos de terrorismo podem vir a ser considerados como justificativa em determinadas situações. Todavia, em um considerável número de casos, os genitores ou responsáveis legais não mais chegam a um consenso sobre a vida em comum com seu cônjuge ou parceiro. E esse tipo de situação acaba por impossibilitar o convívio de ambas as partes com os filhos como forma de retaliação ou até mesmo vingança. Nesse aspecto, é importante mencionar que o artigo 13 b) da Convenção, que estipula as exceções legais sobre o retorno da criança. A sua interpretação, todavia, pode gerar diversas dúvidas, pois atender essas objeções, significa transferir em muitos casos, o julgamento da divergência entre os pais ou responsáveis pela criança para a jurisdição à qual a criança foi sequestrada quando toda essa discussão deveria ser provada na jurisdição de sua residência habitual. O artigo 13 b) assim prevê:

Artigo 13

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a)

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.”

Portanto, é preciso reforçar que não se pode generalizar ou flexibilizar as exceções legais, nem desprezar o direito de visita dos pais ou daqueles que detenham a guarda ou poder parental. Neste aspecto, Jacob Dolinger ao discorrer sobre o tema, declara: “Na apreciação de um fenômeno do próprio filho pelo pai ou pela mãe, ou às vezes por um tutor, o problema central é determinar a prioridade entre o benefício da criança e o cumprimento rigoroso do que já foi judicialmente estabelecido. Se a primordial preocupação é o bem-estar da criança, em muitos casos de sequestro deveríamos deixar a criança onde se encontra, desde que constatado que ela está bem com o genitor sequestrador, no novo local e ambiente em que se encontra agora. Mas, diversa seria a solução se devêssemos observar com rigor o cumprimento do que ficou

judicialmente decidido na jurisdição em que a criança tinha a sua residência habitual, não compactuando com fraudes à lei e desrespeitos a determinações judiciais, pois se estas não forem respeitadas estaremos permitindo que as partes venham a fazer justiça com as próprias mãos e, em última análise, que as crianças se tornem joguetes na guerra pós-separação dos pais, provocada por frustrações, amarguras e ímpetos vingativos.”^[2]

Aqui cabe destacar a gravidade de impedir o contato da criança com um dos genitores ou responsável por sua guarda e garantir no mínimo o direito a esse convívio, para não utilizar a expressão “visita”. Muitos pais ou guardiões o fazem, talvez inconscientes das consequências que tal ação pode causar aos filhos ou crianças sob guarda. Afastá-las do seu lar, entorno social e escolar é uma decisão muito extrema e prejudicial. E não pode haver atitude complacente com essa escolha. A possível ou eminente ruptura da conjugalidade de seus pais ou de seus responsáveis legais, não pode significar também para a criança a “ruptura dos vínculos entre ela e seus pais. O menor deve ser tratado como pessoa em formação, sujeito de direito e não um objeto em negociação. Afinal a família é o eixo de realização pessoal e afetiva de seus integrantes, e é neste *locus* que o sujeito se forma, estrutura-se psiquicamente, enfim humaniza-se”, como nos ensina Rodrigo da Cunha Pereira.^[3] No mesmo sentido, registro a afirmação de Luiz Edson Fachin: “no relacionamento entre pais e filhos, a ordem jurídica deve se inspirar em valores que fomentam um ambiente familiar sadio e equilibrado. O novo Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, ao tratar do poder familiar, acolhe essa ordem de ideias, embora pudesse ter avançado mais no sentido de reconhecer, sempre, o melhor interesse da criança como núcleo central das preocupações do sistema jurídico. A base dessas ideias está em que quem educa, num procedimento dialógico também se renova, reinventando ideais e valores”.^[4]

2. DOLINGER, Jacob. A família no direito internacional privado. A criança no direito internacional. In: DOLINGER, Jacob *Direito civil internacional*, v.I, t. segundo, parte especial. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 242.

3. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4ª ed. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 90.

4. FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116.

É senso comum o convívio das crianças com seus pais ou guardiões como necessário para melhor formação da personalidade das pessoas adultas, porquanto este convívio é no sentido do seu melhor interesse, claro com exceções dos casos em que a coabitação seja impossível de tal forma que prejudica o desenvolvimento do vulnerável. Para isso, a Convenção é um veículo eficaz entre os países aderentes. O artigo 6º dela estabelece que cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada do cumprimento das obrigações previstas no referido regulamento da Haia, cabendo a essa tomar todas as providências para criança retornar o mais rapidamente possível ao país de sua residência de origem ou a fim de estabelecer o direito de visita abruptamente desrespeitado. O artigo 6º estipula:

Artigo 6

"Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção.

Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado."

Para tornar isso possível, existe a Autoridade Central que é um organismo interno nacional responsável pela cooperação jurídica com outros estados e organizações estrangeiras. Ela recebe, analisa, adequa, transmite e dá seguimento às solicitações de colaboração internacional, além de representar o Estado requerente - inclusive judicialmente - se comprovados os requisitos para tanto. É certo, todavia, que a decisão final cabe ao Juiz Natural, ao Juízo onde aquela criança resida habitualmente.

No Brasil, a tramitação de casos de subtração de crianças ou de reestabelecimento de direito de guarda ou visita, sob o âmbito da Convenção, é atualmente de responsabilidade da Autoridade Central Administrativa Federal para Adoção e Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (“ACAF”). Trata-se de órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, através da Secretaria Nacional de Justiça e sob a gestão do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Quando esses processos são judicializados, será a Advocacia-Geral da União (“AGU”) o órgão de representação processual da União Federal em juízo que irá tratar dos interesses do Estado estrangeiro solicitante da cooperação jurídica. Os seus integrantes são extremamente preparados e qualificados, de sorte que com isso o Brasil presta um enorme serviço, de alta qualidade e competência para os Requerentes estrangeiros e sem qualquer custo processual. O Brasil não fez reserva quanto às despesas de participação de advogado, consultor jurídico ou no tocante ao pagamento de custos judiciais, consoante previsto no artigo 42, quando se refere ao artigo 26 da Convenção.

Neste aspecto, vale reproduzir o disposto nos artigos 42 e 26 da Convenção:

Artigo 42

"Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 ou 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida.

Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior. ”

Artigo 26

"Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção.

A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratantes não deverão exigir o pagamento de custas pela apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança."

Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes à participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica.

Ao ordenar o retorno da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança. Na falta de medida convencional, bilateral ou multilateral (como é o caso da Convenção), há outro caminho. Significa dizer quando outro Estado, em solicitações ativas ou passivas, não for signatário da Convenção, e não houver acordo bilateral, utiliza-se a via diplomática. Nesses casos a Autoridade Central é exercida por meio do Ministério das Relações Exteriores. A Portaria Interministerial nº 201, de 21/03/2012, regulamenta a tramitação de casos que demandam cooperação jurídica internacional. A referida Portaria, em seu at. 1º, define a tramitação

de cartas rogatórias, bem como pedidos de auxílio direto, ativos e passivos, em matéria civil e penal, na ausência de cooperação internacional bilateral ou multilateral.

Como é de conhecimento de todos, a tramitação do processo ocorrerá na Justiça Federal, pois a competência é assim definida pelo artigo 109, inciso III, da Constituição, quando as causas são fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.

3. A oitiva da criança e do adolescente como meio de assegurar o seu direito de escolha e de convivência

O ponto fundamental e, na minha opinião também determinante, ou não, para o retorno da criança ao seu país de origem ou restabelecimento do direito de guarda/visita é relativo à oitiva da criança pelo Juiz. Toda criança tem assegurado seu direito fundamental de convívio com ambos os pais. Exigir que a escolha seja feita entre algum de seus genitores em detrimento do outro, é talvez, a mais grave agressão que se pode perpetrar contra o superior interesse dela. É mais que um dever de ouvir, a criança tem o direito de ser ouvida. Assim, vale frisar o disposto no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança que, em seu Item 1, consagrou que a criança terá direito a seus próprios pontos de vista, assim como direito de exprimir suas opiniões livremente, de acordo com a idade e maturidade apresentadas; no Item 2 do referido artigo, está previsto que a criança tem o direito de ser

Ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo. Assim estabelece o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança,

levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança”.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

A Convenção sobre os Direitos da Criança fixou como limites para a audição da criança a idade, assim como a sua maturidade, sem estabelecer, contudo, uma idade mínima. Em sentido oposto, o ECA fixou a idade limite mínima de 12 anos segundo o qual as crianças devam ou não prestar depoimento em juízo.

De acordo com Gustavo Ferraz de Campos Monaco, a Convenção da ONU deve prevalecer sobre o ECA, pois este “leva a questão referente à maturidade para o plano não objetivo, que foi imposto pela idade limite da legislação interna, para privilegiar o entendimento psicológico e social do envolvido.”^[5]

A criança, portanto, deverá participar efetivamente nos processos judiciais e administrativos, desde que tenha interesse jurídico, ou seja, na qualidade de parte, terceiro interessado ou testemunha, emitindo as suas opiniões a respeito dos direitos subjetivos que lhe atingem de forma direta ou indireta. O artigo 13 da Convenção sobre os Direitos da Criança consagrou que a criança terá direito à liberdade de expressão, isto é, no dizer de Solano de Camargo, “a liberdade de expressão e a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e ideias de todos os tipos, na forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio de escolha.”^[6] Dispõe o artigo 13:

5. MONACO, Gustavo Ferraz de campos. *Direitos da criança e a adoção internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.

6. CAMARGO, Solano de. *O Direito da criança ser ouvida – aspectos internacionais. Famílias Internacionais: seus Direitos, seus Deveres* / Hughes Fulchir, Gustavo Ferraz de Campos Monaco (organizadores). São Paulo: Intelecto Editora, 2016, p. 256.

Artigo 13

1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança.
2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias: a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.”

Conclui-se que os artigos 12 e 13 da Convenção sobre os Direitos da Criança traduzem o seu direito a liberdade de opinião e de expressão. Para José Afonso da Silva as “liberdades de opinião e de expressão complementam-se e integram-se mutuamente, consistindo a segunda na exteriorização da primeira.”^[7]

Assim, garantindo para a parte mais interessada, que é a criança, a oportunidade de ter seu relato considerado em todo processo judicial ou administrativo e sem jamais solicitar uma suposta preferência quanto ao genitor que deve conviver. A oitiva da criança, caso a maturidade psicológica o recomende, há de ser deliberada com a estrita finalidade de definir as providências de retorno ao Estado de residência habitual, bem como, as medidas a serem provisoriamente adotadas para regular o convívio com ambos os pais ou detentores da guarda, até que se viabilize a cognição do caso pelo juiz natural. Nesse sentido, Pietro Perlingieri nos ensina, que “o interesse do menor é identificado como a obtenção de uma autonomia pessoal e de juízo e pode concretizar-se também na possibilidade de exprimir escolhas e propostas alternativas que possam ter relação com os mais diversos

7. SILVA, José Afonso da. *Direitos Humanos da Criança*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1997, 9.10

setores, dos interesses culturais àqueles políticos e afetivos, desde que seja salvaguardada a sua integridade psicofísica e o global crescimento da sua personalidade.”^[8]

Quando a Convenção se refere ao grau de maturidade, alude à capacidade de definir suas preferências, com compreensão de suas possíveis consequências. A audição da criança exige que se respeite na atuação judicial as normas do devido processo, a saber: a) contar com uma informação prévia, expressada de acordo com a sua idade, que lhe possibilite conhecer a situação ou matéria sobre a qual deva expressar-se ou emitir a sua opinião; b) preservar sua intimidade que reclama audiências informais, à margem do sistema contraditório, sem solenidades que possam atemorizá-la e sem a presença das partes ou de seus assessores; c) implementar a intervenção e profissionais especializados, quando seja necessário e possível, e de acordo com a idade da criança, que saibam interpretar adequadamente suas expressões. Significa dizer, que a comunicação com a criança pode concretizar-se de diversas maneiras de acordo com a sua evolução ou grau de maturidade, dado este que determinará a gravitação da vontade da criança sobre a resolução Judicial, como afirma Cecilia P. Grossman.^[9] Não é uma situação fácil para o juiz, pois além de abranger critérios biológicos e legais, cada criança ou adolescente possui um grau de maturidade individual, que decorre de diversos fatores.

No processo de audição da criança é importante, para tomada de decisões, que se garanta que a criança disponha de elementos e compreenda toda a informação da exploração judicial e que ela tenha liberdade de dizer se quer exercer o seu direito de ser ouvida ou não e, ainda, que tenha a liberdade de manifestar que informação ela quer compartilhar ou não.

Resta claro que a necessidade de audição do menor, quando sua idade e maturidade o permitir, é essencial pois é evidente que este direito de relacionar-

8. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 259 - 260.

9. GROSSMANN, Cecilia P. *Nuevos perfiles del derecho de familia/ coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo*. 1ª edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 208 - 209.

se com seus pais ou responsáveis afeta a sua esfera pessoal e familiar, conforme demonstra Silvia Díaz Alabart.^[10]

No Brasil, a oitiva da criança possui caráter complementar e normalmente ocorre a partir dos 12 anos, conforme estabelece o ECA. Em outras jurisdições, como Espanha, por exemplo, se permite a audição da criança partir dos 8 anos, inclusive antes se tiver maturidade suficiente. Na Argentina, não há uma idade mínima como critério objetivo fixado por lei. Todavia, a partir dos 13 anos as pessoas adquirem amplos direitos, inclusive de ser ouvidos em processos administrativos ou judiciais.

No Chile, também não há critério legal objetivo de idade para a oitiva de crianças. Cabe ao juiz decidir se cabe ou não a ouvir, se ela tem maturidade para ser ouvida.

Na França, os Tribunais franceses admitem a oitiva entre 7 e 9 anos. Na Itália, o critério objetivo de idade estabelece o limite mínimo de 12 anos, assim como criança de idade inferior, desde que se considere capaz de compreender, de ter “discernimento”. Nesta jurisdição, cabe ao juiz verificar e convencer-se que o depoimento da criança seja contrário ao seu interesse ou não seja necessário. A capacidade do magistrado de deparar-se com a criança fisicamente e ouvi-la permite, de fato, a ele conhecer o estado em que se encontra a criança, assim como as dinâmicas que relacionadas em que participa e também verificar suas posições sobre a situação em que se encontra e que projeto de vida formula para o futuro, como resultado desta audição, motivando uma decisão que devidamente tenha em conta a sua vontade.

Na Alemanha, a idade mínima para oitiva da criança é de 14 anos, admitindo-se exceções porquanto a doutrina e jurisprudência daquele país admitem que há consenso para a determinação dos desejos e sentimentos da criança a partir dos 3 anos de idade. Para Lohrentz, “o contato direto da criança com o Tribunal é de um valor incalculável pela fonte de informação

10. ALABART, Silvia Díaz. *Nuevos perfiles del derecho de familia/ coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo*. 1ª edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 388.

que proporciona, em especial nos assuntos relativos à pessoa, que ao mesmo tempo servem como barômetro para obter uma resolução judicial de acordo com o interesse do menor”.^[11]

Nos países de cultura anglo-saxã, não é diferente. No Reino Unido, a idade mínima para que a criança seja ouvida em juízo é de 4 anos. Vale mencionar que naquela jurisdição o direito de a criança ser ouvida se dá de forma indireta, através da *Children and Family Court Advisory and Support Service* (“Cafcass”), que nem sempre ouve o menor. A Cafcass vem a ser um organismo não governamental criado para salvaguardar e promover o interesse das crianças em procedimentos de família. Fundada em 2001, por disposição da Lei de Serviços da Corte e Justiça Penal, a Cafcass é responsável perante o Parlamento, atualmente através do Ministério da Justiça. Trata-se de um organismo independente dos Tribunais, dos serviços sociais, das autoridades educativas e de saúde de outros organismos similares. Basicamente este organismo se encarrega de velar pelo interesse das crianças com as suas famílias, e posteriormente informa aos tribunais o que se considera ser o melhor interesse da criança.

Nos Estados Unidos não há uma lei federal que dispõe sobre a oitiva de crianças, cabe aos estados defini-lo, muito embora a maioria dos estados não têm essa previsão, cabendo ao juiz decidir sobre a oportunidade ou não da oitiva. Há casos de crianças de 8 e 9 anos que foram ouvidas. Todavia, reitero que o importante é possibilitar a oportunidade de se ouvir a criança em qualquer processo de audiência judicial ou administrativa. Tanto que o artigo 20 da Convenção estabelece que:

Artigo 20

O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

11. LOHRENTZ, U. “Anhang II Verfahrensgrundsätze”, em *Handbuch Anwalt des Kindes, verfahrensbeistandschaft und Umgangspflegschaft für Kinder und Jugendliche* (w, Rochling editor), Nomos Praxis, 2009, p. 282.

Nota-se, portanto, que os relatos podem também ser um argumento de defesa para o não traslado ao país de residência habitual e, nesse caso, se faz necessária até para a criança eventualmente manifestar a sua objeção ao retorno, como nos ensina Carolina Marin Pedreño:

“Siendo el objeto del Convenio asegurar la pronta restitución del menor, cuando este haya alcanzado una edad y grado de madurez suficiente, es decir, que aconsejen tener en cuenta su opinión, y siempre que la defensa se haya construido sobre esto, el juez podrá, según su discreción, decidir sobre la conveniencia o no del retorno, y, en consecuencia, ordenarlo o no.

En este orden de cosas, conviene que sepamos que puede objetarse el regreso a um país determinado, pero no a um cuidador em particular, no estabelecendo el Convenio uma edad mínima del menor para que su opinión (objeción) pueda ser tenida em cuenta.”^[12]

Essa situação está prevista no artigo 13 da Convenção, que prevê a possibilidade de objeção de retorno da criança ao seu país de residência habitual, desde que ela tenha atingido idade e grau de maturidade que permitam levarem em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Nesse mesmo sentido, como afirma Glícia Brazil: “O Direito e ser escutada não pode ser confundido com o dever de falar, gerado pela coação moral”. Por vezes, quando sofre violência moral, “respeitar a fala da criança é ordenar que ela se cale”.^[13]

A Convenção não prevê justificativas das crianças baseadas, por exemplo, em questões como adaptação à escola ou outro argumento que se refira ao seu pretense bem-estar. A objeção deve tratar de questões relevantes, como a alienação parental, contínuas agressões físicas, psíquicas ou sobre abuso sexual, cometidas por seus responsáveis ou genitores que permaneceram no local de sua residência habitual.

12. MARÍN PEDREÑO, Carolina. *Sustracción Internacional de Menores*. Málaga: Editorial Ley 57, 2015, p. 60 - 61.

13. BRAZIL, Glícia Barbosa de Mattos. In *Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações* / coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 517.

Nessas oportunidades, quando não houver acordo, caberá à Autoridade Central solicitar ao juiz que a criança possa se manifestar e o mesmo, munido com as informações sobre a situação daquele caso em específico tem o poder para deliberar, segundo o melhor interesse da criança. Mas, é preciso cautela para não haver confusão com o desejo do vulnerável, considerando que nem sempre há maturidade o suficiente para decidir, como afirma Rolf Madaleno: “Tudo o que o juiz não pode é confundir o bem do menor com o desejo do menor, pois nem sempre sua vontade é suficientemente madura para decidir pelo que realmente lhe convém.”¹⁴ Claro está que **não se trata da aceitação** incondicional do desejo da criança que inclusive pode resultar prejudicial para sua formação e seu real interesse. Sua palavra não é vinculante e deve ser valorada com os demais elementos do juízo. Mas a criança sempre deve ter a oportunidade de ser ouvida, se a sua idade e maturidade assim o permitirem. A partir daí o trabalho dos auxiliares profissionais do juízo como, por exemplo, os psicólogos, quando for o caso, faz toda diferença e deve ser acionado. Também é recomendável que a oitiva seja realizada em ambiente neutro, para evitar qualquer tipo de trauma, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional, bem como, por meio de um profissional tecnicamente capacitado, para o cumprimento das normas na produção de perícia psicológica.

4. Conclusões

Pode-se fazer uma analogia entre a Convenção e o “quadro de uma paisagem”. A criança não é parte diretamente, mas é a protagonista dessa paisagem, cujo resultado da aplicação da Convenção a afeta e a torna a figura principal. Os Estados contratantes, autoridades e partes envolvidas têm de trabalhar dentro dos limites deste quadro, não podem ultrapassar os limites da moldura deste quadro. O rito é específico, a resposta tem de ser rápida. Portanto, não se aplicam nesses casos as regras ordinárias do curso normal do processo. Por exemplo, os psicólogos não devem ser ouvidos, pois se

14. MADALENO, Rolf, *Curso de direito de família*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 324.

demandaria um tempo excessivo para a decisão, salvo se o juiz entender que a complexidade do caso o justifique, e determine que se ouça a criança com o auxílio de profissionais, em caráter excepcional, em tempo exíguo, muito embora essa possibilidade não esteja prevista na Convenção.

Portanto, vale lembrar, que nem a prática de ouvir a criança prevista na Lei n. 13.431/17, artigo 8º, o denominado “Depoimento Especial” deve ser observada, porquanto caberá ao Juízo natural essa medida – “Art. 8º Depoimento Especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”.

Todavia, a realidade tem demonstrado que a maioria dos magistrados brasileiros entende que o rito comum deva ser aplicado aos processos de sequestro internacional de crianças quando da apreciação pelo Judiciário, mas, na realidade, não é correto que seja dessa forma, porquanto não é isso que está previsto na Convenção. Embora a Convenção não fixe uma idade mínima para que a criança seja ouvida, todos os dispositivos ali dispostos estão elencados em seu benefício. Portanto, faz-se necessário respeitar a Convenção, em todos os seus termos, dela extraíndo-se o melhor resultado para sua efetividade que é fazer cumprir a solicitação com rapidez e respeitar o traslado ou devolução da criança para o seu país de residência habitual ou que seus direitos de convivência ou visitação sejam observados e preservados. Para tanto, reitera-se, a aplicabilidade que tem de ser célere, como mencionado, e deve ser apreciada também como interpretação sistêmica, isto é, aplica-se a Convenção, em conjunto com as demais normas de âmbito internacional, entre elas a Convenção sobre os Direitos da Criança, que estipula que a criança deve ser ouvida sempre que a sua situação de idade e maturidade o permitir. Caberá ao magistrado, como intérprete da lei e aplicador da Justiça assim proceder, para que tenha todos os elementos necessários disponíveis para sua melhor convicção. Somente assim, este “quadro de uma paisagem” estará plenamente apreciado e cumprido, possibilitando à criança o melhor resultado para a situação concreta.

Segundo dados da Autoridade Central Administrativa Federal para Adoção e Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (ACAF),^[15] restrita aos casos em que foi demandada, somente em 2020 - primeiro ano da pandemia de COVID-19 - foram registrados 103 casos (66 ativos e 37 passivos), incluindo subtração e visitas. Dentre esse total, foram reportados 90 casos de subtração (57 ativos e 33 passivos), ou seja, o Brasil demandou mais como país requerente. Relativamente à solicitação de vistas, houve 13 casos (9 ativos e 4 passivos). Neste mesmo ano, também foram concluídas 122 ocorrências: 96 de subtração (66 ativos e 30 passivos) e 26 de solicitação de visitas (18 ativos e 8 passivos).

Entre 2016 e 2019, houve 509 casos iniciados (2016: 102/ 2017: 109/ 2018: 124 e 2019: 174), uma média de pouco mais de 127 por ano. Porém, é importante observar que em quase todos os anos os casos ativos superaram os passivos, exceto em 2016. Relativamente àqueles encerrados entre 2016 e 2020, foram 402 (2016: 122/ 2017: 73/2018: 88 e 2019: 119), apresentando na média de 100 casos por ano, menor que 2020. Todos estes dados, bem como informações mais detalhadas, inclusive sobre quais são as jurisdições mais demandantes, assim como aquelas que são mais demandadas em processos de sequestro internacional de crianças, estão descritos no Anexo I a este artigo (ANEXO I).

Curioso é que em casos passivos ocorridos nos períodos mencionados, com exceção de 2019, a maioria encerrou-se por acordo ou ato voluntário, em detrimento de decisão judicial. Todos esses números também demonstram que as situações relativas a sequestro internacional de crianças são significativamente baixas, considerando que o Poder Judiciário contabilizou, em 2019, entre os assuntos mais demandados no primeiro grau de jurisdição: 1.135.599 casos (3,79% do total de processos), na área de Direito Civil – Família/Alimentos, de acordo com o relatório “Justiça em Números 2020”^[16], do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

15. Dados fornecidos pela Autoridade Central Administrativa Federal para Adoção e Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes (ACAF/DRCI/MJSP).

16. Sítio <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>, p. 240.

Diante de todos os dados e informações apresentadas no presente artigo, é possível afirmar que a previsão legal existe, porquanto o Brasil ratificou e aderiu à Convenção sobre os Direitos da Criança. E é óbvia a necessidade de respeitarmos e cumprirmos estas regras também para esclarecer ao mundo que o país visa o melhor interesse da criança. Mas, é preciso cuidado, porque na maioria das vezes a voz da criança - seja de alguém que esteja na infância ou na adolescência - não recebe a devida importância para que o magistrado possa constituir plenamente a sua convicção e tomar a melhor decisão para o futuro de um ser humano ainda em fase de formação e que merece um porvir promissor, na consecução do desenvolvimento saudável de sua personalidade, bem como na busca por sua integral felicidade.

ANEXO I – Pedidos de Cooperação Jurídica Internacional recebidos ou enviados pela Autoridade Central Administrativa Federal para Adoção e Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Ministério da Justiça e Segurança Pública (ACAF/DRCI/MJSP) de 2016 a 2020.

Nota 1: Dados fornecidos pela Autoridade Central Administrativa Federal para Adoção e Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Ministério da Justiça e Segurança Pública (ACAF/DRCI/MJSP).

Nota 2: Os dados não incluem a totalidade dos casos relacionados à Convenção da Haia de 1980, mas somente daqueles detectados pela ACAF, podendo conter divergências de classificação quanto à tipologia.

Nota 3: Antes de 2016 não havia compilação oficial da Autoridade Central brasileira sobre o tema.

Detalhamento 2015-2020:

Pedidos de Cooperação Jurídica Internacional Recebidos ou Enviados Pela Acaf					
	2016	2017	2018	2019	2020
1. PCJI Iniciados (recebidos e enviados)	102	109	124	174	103
1.1 Passivos Recebidos	52	46	49	46	36
1.1.1 Passivos recebidos não judicializados (art. 27, art. 4 (2), resolução amigável, retorno antes da judicialização etc.)	11	10	11	8	1
1.1.2 Passivos recebidos e judicializados	41	36	38	38	35
1.2.3 Passivos recebidos, judicializados e que permanecem não concluídos. Entre parênteses é a quantidade de casos em que a criança já retornou, mas que o processo judicial ainda não foi concluído.	14	8 (4)	19 (4)	26 (6)	24
1.2 Ativos Enviados	50	63	75	128	67
1.2.1 Ativos enviados e não concluídos.	4	0	10	19	6
2. PCJI Encerrados	122	73	88	119	101
2.1 Passivos encerrados	75	33	54	36	36
2.1.1 Retomo por decisão judicial	9	3	10	6	4
2.1.2 Retomo por acordo ou voluntário	21	8	15	1	5
2.1.3 Sem retorno por decisão judicial	17	12	15	9	15
2.1.4 Sem retorno por desistência do requerente	15	4	9	14	7
2.1.5 Sem retorno por acordo	6	4	3	1	2
2.1.6 Não judicializados por decisão da Acaf, AGU ou Requerente (art. 27, art. 4(2), resolução amigável, retorno antes da judicialização etc.)	3	1	1	5	3
2.1.7 Sem retorno por outros motivos	4	1	1	0	0
2.2 Ativos Encerrados	47	40	34	83	65
2.2.1 Retomo por decisão judicial	8	7	6	5	9
2.2.2 Retomo por acordo ou voluntário	5	6	7	11	4
2.2.3 Sem retorno por decisão judicial	8	12	3	16	9
2.2.4 Sem retorno por desistência do requerente	19	11	12	37	26
2.2.5 Sem retorno por acordo	3	4	3	5	6
2.2.6 Não judicializados (art. 27, art. 4(2), resolução amigável, retorno antes da judicialização etc.)	4	0	3	9	10
2.2.7 Sem retorno por outros motivos	0	0	0	0	1

Detalhamento 2020 por país:

Pedidos Novos - 2020			
	Subtração	Visitas	Total
Ativos	57	9	66
Passivos	33	4	37
Total	90	13	103

Subtração Internacional de Menores - Pedidos Novos Ativos (2020)		
País	Quantidade	Percentual
EUA	21	36,84%
Portugal	6	10,53%
Espanha	5	8,77%
Uruguai	5	8,77%
França	4	7,02%
Itália	3	5,26%
Argentina	2	3,51%
Alemanha	1	1,75%
Austrália	1	1,75%
Colômbia	1	1,75%
Costa Rica	1	1,75%
Itália	1	1,75%
Japão	1	1,75%
México	1	1,75%
Peru	1	1,75%
Reino Unido	1	1,75%
República Dominicana	1	1,75%
Suíça	1	1,75%
Total	57	100,00%

Subtração Internacional de Menores - Pedidos Novos Passivos (2020)		
País	Quantidade	Percentual
Reino Unido	4	12,12%
EUA	3	9,09%
Itália	3	9,09%
Austrália	2	6,06%
Bélgica	2	6,06%
Chile	2	6,06%
Espanha	2	6,06%
Paraguai	2	6,06%
Suíça	2	6,06%
Venezuela	2	6,06%
Alemanha	1	3,03%
Argentina	1	3,03%
Colômbia	1	3,03%
Irlanda	1	3,03%
Japão	1	3,03%
Marrocos	1	3,03%
Nova Zelândia	1	3,03%
Países Baixos	1	3,03%
Panamá	1	3,03%
Total	33	100,00%

Solicitação de Visitas: Pedidos Novos Ativos - 2020		
País	Quantidade	Percentual
Canadá	3	33,33%
EUA	3	33,33%
Espanha	1	11,11%
Portugal	1	11,11%
Uruguai	1	11,11%
Total	9	100,00%

Solicitação de Visitas: Pedidos Novos Passivos - 2020		
País	Quantidade	Percentual
Austrália	1	25,00%
Chile	1	25,00%
Paraguai	1	25,00%
Peru	1	25,00%
Total	4	100,00%

Casos Finalizados, Subtração e Visitas, 2020			
	Ativos	Passivos	Total
Subtração Internacional de Menores	66	30	96
Solicitação de Visitas	18	8	26
Total	84	38	122

5. Bibliografia

ALABART, Silvia Diaz. Nuevos pefiles del derecho de família/ coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. 1ª edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, p. 363-388, 2006.

BRAZIL, Glícia Barbosa de Mattos. In Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações / coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: IBDFAM, p. 503 – 518, 2018.

CAMARGO, Solano de. O Direito da criança ser ouvida – aspectos internacionais. Famílias Internacionais: seus Direitos, seus Deveres / Hughes Fulchir; Gustavo Ferraz de Campos Monaco (organizadores). São Paulo: Intelecto Editora, 2016.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3 ed. aum. e atual. Conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOLINGER, Jacob. A criança no direito internacional. In: DOLINGER, Jacob. Tratado de Direito Internacional Privado, v.1, t. 2, parte especial. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação – Crise e superação do estabelecimento da paternidade. Repensando o direito de família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, p. 123-133, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GROSSMANN, Cecilia P. Nuevos perfiles del derecho de família/ coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. 1ª edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, p. 179-214, 2006.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LOHRENTZ, U. “Anhang II Verfahrensgrundsätze”, em Handbuch Anwalt

des Kindes, verfahrensbeistandschaft und Umgangspflegerschaft für Kinder und Jugendliche (w, Rochling editor), Nomos Praxis, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 12, p. 40-45, 2002.

MADALENO, Rolf, Curso de direito de família. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARÍN PEDREÑO, Carolina. Sustracción Internacional de Menores. Málaga: Editorial Ley 57, 2015.

MONACO, Gustavo Ferraz de campos. Direitos da criança e a adoção internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. 4ª ed. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA, José Affonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Affonso da. Direitos Humanos da Criança. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA PEREIRA, Tânia da. O Princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. A família na travessia do milênio, Anais do II congresso Brasileiro de Direito da Família. Belo Horizonte: Del Rey, p. 215-234, 2000.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como Instrumento para Suprir Lacunas do Ordenamento Jurídico

*INTRODUCTION LAW AS INSTRUMENT
TO BRING GAPS IN THE LEGAL SYSTEM*

Paula Marcilio Tonani de Carvalho

Doutora em Direito das Relações Econômicas
pela Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo - PUC SP. Mestre em Direito
Civil pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo - PUC SP.
Conselheira do IASP, Instituto
dos Advogados de São Paulo.
Professora Universitária nos Cursos
de Graduação e Pós – Graduação.
Sócia fundadora do escritório Marcilio
Tonani de Carvalho Sociedade
de Advogados

Sumário

1. Introdução.
2. Escorço Histórico.
3. Noções de validade, eficácia, aplicabilidade, vigência e revogação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
4. Das lacunas no direito e sua relevância para o estudo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
5. Conclusões e sugestões.
6. Bibliografia.



Resumo

Trata-se de um estudo sobre o conteúdo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especialmente a importância do artigo 5º, como instrumento para suprir lacunas no ordenamento jurídico. Para tanto, necessário estudo do escorço histórico, bem como noções de validade, eficácia, aplicabilidade, vigência e revogação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tudo no sentido de preenchimento de eventuais lacunas na solução dos conflitos modernos.

Palavras-chave: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, efetividade, eficácia, validade, vigência, lacuna, hermenêutica.

Abstract

This is a study on the contents of the Introductory Law, especially the importance of Article 5, as a tool to fill gaps in the legal system. For this, needed historical study of foreshortening, as well as notions of validity, effectiveness, applicability, validity and revocation in the law, all in order to fill any gaps in the solution of modern conflicts.

Keywords: Effectiveness, efficiency, validity, duration, gap, blank, hermeneutics.

1. Introdução

A aplicação geral das normas jurídicas no ordenamento brasileiro, no tempo e no espaço, é atualmente regulada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, que aborda questões como validade, eficácia, vigência e revogação das normas que compõe o arcabouço legislativo.

A LINDB, inicialmente conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), promulgada pelo Decreto-Lei nº 4.657 de 1942, era tratada como um conjunto de normas de introdução ao Direito Civil/Privado.

Nesse passo, sofreu alteração do seu nome através da Lei 12.376/2010 que entrou em vigor em 31 de dezembro do mesmo ano, passando a vigorar com a seguinte redação: “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, afastando qualquer dúvida acerca da amplitude do seu campo de aplicação.

A LINDB é uma norma que visa regulamentar outras normas, composta por 30 artigos, que tratam a vigência da lei e sua aplicação no tempo e no espaço, mediante determinadas fontes do direito.

Dessa forma, a principal finalidade da LINDB é **estabelecer a Vigência e eficácia das normas jurídicas.**

No entanto, tratar o Decreto nº 4.657, editado em 04 de setembro de 1942, na sua origem, significa estudar a própria tradição europeia, especialmente e inclusive a legislação alemã e francesa, tendo recebido, por isso, a nomenclatura original de Lei de Introdução ao Código Civil.

Apesar dessa nomenclatura, desde a sua origem, essa lei tem alcance amplo uma vez que diz respeito à aplicabilidade de qualquer lei no tempo e no

espaço e não somente as regras contidas no Código Civil, não sendo parte do Código Civil, mas sim legislação autônoma e independente, desde a sua origem mais tradicional na legislação europeia.

O ordenamento jurídico, apesar de composto por várias fontes formais e não formais pode se apresentar lacunoso ^[1], ou seja, conflituoso ou omissivo na solução do caso concreto e, é nesse sentido que as regras sobre regras constantes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB ganham importância vital.

A esse propósito, Wilson de Souza Campos Batalha ainda quando tratava a LICC ensinava que “*a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro é um lex legum, lei das leis, ou, melhor, conjunto de normas sobre normas, direito sobre direito, jus supra jura. Não disciplina, direta ou imediatamente, relações da vida, não lhes dá colorido jurídico; antes, disciplina as próprias leis, assinalando-lhes a maneira de entendimento e aplicação, predetermina as fontes do direito positivo, indicando-lhes as dimensões espaço - temporais. tinge as relações da vida e lhes dá colorido jurídico tão só e exclusivamente por via indireta ou mediata, através da fixação dos preceitos e do estabelecimento das suas dimensões no espaço e no tempo. Regula, em suma, a vida das normas, o seu campo de vigência no ordenamento jurídico interno ou em confronto com demais ordenamentos, a maneira de as entender e de as aplicar, Predetermina sua eficácia no plano vertical-horizantal, em face de preceitos superiores, equivalentes ou inferiores. Predetermina sua vida no tempo, desde o nascimento até a morte e suas conseqüências posteriores. Predetermina sua projeção no espaço, nas situações conflituais de ordenamentos jurídicos nacionais e estrangeiros, pondo em foco os respectivos elementos de ligação.*” ^[2].

Ainda nesse sentido, Maria Helena Diniz ^[3], ensinava que “*a lei de introdução não é, portanto, parte componente do Código Civil, pois, devido ao seu teor,*

1. Vitor Frederico Kumpel ensina, in Introdução ao estudo do Direito – Lei de Introdução do Código Civil e Hermenêutica Jurídica, páginas 54 e 55, que “*lacuna é a situação conflituosa que não encontra, em princípio, uma solução no ordenamento jurídico. O aplicador do direito não encontra fonte formal válida aplicável ao caso concreto devido a uma série de fatores, como por exemplo, a imprevisibilidade da conduta, a presença de norma injusta ou outro fenômeno, porém sempre com a obrigação de solucionar o caso concreto. (...) Dessa forma, a incompletude insatisfatória do ordenamento, ou seja, a lacuna, vai sempre exigir a integração, até porque o art. 4º da LICC determina, ou seja, ordena, ao juiz ou ao aplicador que decida mesmo na ausência de lei. Diante de um ordenamento incompleto, isto é, não-acabado, essa incompletude é insatisfatória, na medida em que não se satisfaz com a mera constatação da lacuna, ou seja, com a aplicação do non liquet, sendo imprescindível a busca do justo.*”

2. In Lei de Introdução ao Código Civil, volume 1, Fontes e Interpretação do Direito, Max Limonad, páginas 05 e 06.

3. In Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, 13ª edição, São Paulo, Saraiva, páginas 03 e 04.

é bem mais ampla do que sua denominação sugere. É lei introdutória ao Código Civil porque suas normas se aplicam ao direito civil, mas, na verdade, é mais do que isso, por conter limitações específicas às leis em geral (...). A Lei de Introdução é uma lex legum, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito (“ein Recht der Rechtsordnung”, “Recht ueber Recht” Uberrecht, “surdroit”, “jus supra jura”), um superdireito, um direito coordenador de direito. Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaço-temporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão.”.

Nessa esteira de nascimento e inspiração, a LINBD visa facilitar a aplicabilidade do arcabouço legislativo no tempo e no espaço.

Para tanto, necessário realizar estudo histórico do tema e, portanto, em que circunstâncias todos os dispositivos que compõem a LINBD foram introduzidos no ordenamento brasileiro.

Isso porque a evolução histórica é sempre de relevância salutar no estudo dos institutos e sua natureza jurídica, já se seu desenvolvimento está diretamente relacionado com o aumento ou diminuição da complexidade nas relações humanas e da necessidade de regulamento eficaz.

2. Escorço Histórico

Desde a antiguidade as civilizações mantinham relações exteriores, comercializando entre si, enviando embaixadores, vinculavam-se por meio de tratados e outras formas. O Tratado de Kadesh é um dos primeiros exemplos registrados de um tratado internacional.

O tratado mais antigo registrado é o celebrado entre Lagash e Umma, cidades da Mesopotâmia, relativo à fronteira comum. Mas o tratado mais famoso da Antigüidade remota é, possivelmente, o de Kadesh, concluído entre Ramsés II do Egito e Hatusil III dos hititas no século XIII a.C.

De fato, os gregos reconheciam como válidos acordos para a inviolabilidade dos embaixadores, inclusive utilizando o recurso da arbitragem, se necessário.

Por sua vez, no que tange à Roma Antiga, tem-se que a mesma não se considerava sujeita a um direito externo distinto do direito interno, predominando a *Pax romana*. De qualquer forma, ainda não se via organizada estruturalmente como hodiernamente uma lei sobre a aplicabilidade das próprias leis.

A propósito desse período Zeno Velozo⁴ ensina que “*no século VI de nossa era, o Imperador Justiniano, em Constantinopla, resolve nomear uma comissão da qual se destaca o jurisconsulto Triboniano, para compilar todo o direito romano, então vigente, que se apresentava disperso e fragmentado. Elaborou-se, em seguida, o Digesto (ou Pandectas), com a reunião do direito contido nas obras dos jurisconsultos clássicos (iura); as Institutiones (inspiradas nas Institutas de Gaio), que deviam servi de manual para estudantes de direito; e o Codex (Código, compilação das leyes), este último promulgado em 29 de dezembro de 534. A esse conjunto denominou-se Corpus júris civilis, que é considerado, com inteira justiça, o maior monumento jurídico de todos os tempos. As Institutas foram redigidas pelos jurisconsultos Triboniano, Teófilo e Doroteu, mas o Imperador Justiniano participou pessoalmente dos trabalhos, mostrando a sua faceta de legislador e de mestre de direito (...) Pela Constituição Tanta, Justiniano proibiu que se comentasse a legislação. Considerava, provavelmente, que se tratava de obra acabada, perfeita, que dispensava a interpretação de jurisconsultos e magistrados. A morte do Imperador ocorreu no ano 565, que os estudiosos marcam, também, como o termo final do direito romano.*”

Na Idade Média, por sua vez, viu-se a expansão das noções de dogma e, diferentemente da época da expansão do império romano, a construção de alguns conceitos. A Igreja, por certo, teve papel importante no desenvolvimento do direito internacional durante a Idade Média, tendo em vista que a figura do papa era considerada como árbitro por excelência das relações internacionais e tinha a autoridade para liberar um chefe de Estado do cumprimento de um tratado, por exemplo.

4. In Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil, artigos 1º ao 6º, UNAMA, 2005, página87.

A Igreja contribuiu largamente para a humanização da guerra, aplicando conceitos como a *Paz de Deus*, a *Trégua de Deus* e a noção de *Guerra Justa*, desenvolvida principalmente por Santo Ambrósio, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. No entanto, ainda não se tinha organizada estruturalmente como hodiernamente uma lei sobre a aplicabilidade, eficácia e validade das próprias leis.

A Idade Moderna, por sua vez, traz noções de Estado nacional e de soberania estatal, consolidados, principalmente pela Paz de Vestfália (1648), quando a Europa começou a adotar uma organização política centrada na idéia de que a cada nação corresponderia um Estado (Estado-nação).

Diante dessa noção de organização do Estado e do arcabouço legislativo tal como iniciada desde a Idade Média com a “construção” dos dogmas, começam a se estruturar as primeiras leis sobre leis, mas ainda não da forma como conhecemos hoje.

A denominada Idade Contemporânea foi inaugurada com a Revolução Francesa, reforçada pelo conceito de nacionalidade, que viria posteriormente a orientar as unificações italiana e alemã no século XIX, desembocando na realização do Congresso de Viena (1815), que encerrou a era napoleônica, declarando, posteriormente a neutralidade perpétua da Suíça.

Até meados do século XIX, em sua maior parte um direito costumeiro e não escrito. Os tratados eram episódicos e, sempre bilaterais, não criavam regras universais de conduta, ao contrário do costume.

2.1. Do Nascimento de Textos Próprios em Território Brasileiro

As compilações de leis portuguesas vigoraram de 1446 a 1867 até ser aprovado o primeiro Código Civil de Portugal.

Por outro lado, no Brasil, em 1845, Carvalho Moreira apresentou estudo sobre a codificação das leis civis “brasileiras”, no entanto, não foi bem recebido pelo governo que clamava por uma consolidação das leis civis.

Apesar de vários projetos elaborados, como por exemplo por Augusto Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Joaquim Felício dos Santos, dentre outros, foi somente no Governo de Campos Sales que o Anteprojeto evoluiu em sua forma e conteúdo.

Clóvis Beviláqua, influenciado pelo positivismo de Augusto Comte e por Teixeira de Freitas, pela escola de Exegese (prega a construção de um sistema que venha a regular todas as ações humanas), e pelo Direito Germânico concluiu o Projeto.

A propósito das influências na elaboração da revogada LICC brasileira, José Jairo Gomes ^[5], ensina que *“inspirada na apurada técnica legislativa alemã, a LICC constitui um corpo de regras que disciplina a aplicação e a interpretação de normas jurídicas. Por isso, diz-se que apresenta natureza de metanorma, isto é, norma sobre normas. Ademais, contém princípios de Direito Internacional Privado, sendo uma das principais fontes internas deste ramo da ciência jurídica. Não é seu objetivo reger o comportamento e as relações entre pessoas, bem com situações concretas, criando, alterando ou extinguindo direitos subjetivos, mas sim coordenar a incidência e a aplicação de normas jurídicas.”*

Posteriormente, o projeto foi enviado, com uma exposição de motivos, para o Presidente da República, que o remeteu ao Congresso Nacional, em 1900, e, após aprovado, foi sancionado por Wenceslau Braz e promulgado em 1º de Janeiro de 1916, entrando em vigor um ano após.

O novo Código Civil foi publicado em 10 de Janeiro de 2002, tendo entrado em vigor em 10 de Janeiro de 2003, cumprindo assim exatamente um ano de *vacatio legis*.

Com a promulgação do nosso Código Civil (L. 3.071, de 1.1.1916) que, no art. 1.807, sentenciou: “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes a matérias de direito civil reguladas neste Código”.

5. In Lei de Introdução ao Código Civil em Perspectiva, página 05/06.

No que diz respeito à LICC, em 1942, paralelamente aos fatos acima narrados, foi editado e está em vigor até hoje, o Decreto – Lei 4.657, encerrando a vigência das ordenações portuguesas acima referidas, com a finalidade de orientar a aplicação do Código Civil, preenchendo lacunas e dirimindo questões importantes que haviam surgido desde sua edição em 1916.

O Decreto – Lei 4.657/42 promoveu algumas alterações em relação à legislação até então em vigor. Nesse sentido, aponta o Professor Wilson de Souza Campos Batalha que *“a Comissão, composta dos Ministros Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, teve a oportunidade de salientar que cinco foram os pontos principais de modificação da antiga Introdução ao Código Civil: 1.ª- Adotou-se o sistema do prazo simultâneo, ou isócrono, para a aplicação da lei em todo o território nacional, ao contrario do sistema do prazo progressivo consagrado na antiga Introdução. 2.ª- Considerou-se como de revogação, de acordo com a communis opinio, o fato de a lei posterior regular completamente o assunto versado em lei anterior. 3.ª- Considerou-se solucionou-se o caso da lei repristinatória, omitido na antiga Introdução. 4.ª- Com o voto vencido do Ministro Orozimbo Nonato, ficou declarado que a lei perderia sua eficácia, quando caísse em manifesto desuso em todo o país. O voto vencido baseou-se na consideração de que o caso não reclamava expressão legal e que a aplicação desta poderia oferecer riscos e inconvenientes (O texto da Lei Introdução ao Código Civil não estabelece, porem, o efeito derogatório da lei pelo desuso ou pelo costume contrário). 5.ª- No caso de lei pessoal, a comissão unanimemente deu prevalência à lei do domicílio sobre a lei nacional, por lhe parecer o sistema que reúne votos de grande significação e por estar mais de acordo com os interesses do país.”*^{16]}.

Por fim, desde 2010, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro mudou a nomenclatura, para estender sua atuação definitivamente para além do campo civil.

6. In Lei de Introdução ao Código Civil, volume 1, Fontes e Interpretação do Direito, Max Limonad, páginas 11 e 12.

3. Noções de Validade, Eficácia, Aplicabilidade, Vigência e Revogação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A LINBD fixa e define questões básicas para aplicabilidade do ordenamento, como o tempo de vigor, o momento dos efeitos e a validade da lei para todos, caracterizando-se, portanto, um metadireito ou supradireito, já que dispõe sobre a própria estrutura e funcionamento das normas, representando, para alguns juristas, forma de autoreflexão do ordenamento jurídico, por meio da qual se estabelecem certos critérios de aplicabilidade que são passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

A esse propósito, o artigo 3º da LINBD versa sobre o princípio da publicidade - “*ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*” - garantindo, por meio de uma presunção, a eficácia global do ordenamento.

O artigo 4º versa sobre o papel do juiz, tornando obrigatório o seu pronunciamento, mesmo quando a lei for omissa - “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”, tornando obrigatória a apreciação pelo juiz de toda questão levada ao Tribunal.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece, ainda, regras relativas ao domicílio, a correção de textos legais, bem como dispõe no artigo 9º sobre as obrigações contraídas, em países diversos, sendo imprescindível na aplicabilidade das relações internacionais privadas.

Assim, é instrumento que orienta a sua própria aplicação, definindo e compondo diferentes situações, mas também do ordenamento como um todo.

3.1. Vigência e Revogação da Lei no Tempo e no Espaço

A *vacatio legis* é o período no qual a lei, apesar de publicada, ainda não está em vigor, visando que a mesma seja de conhecimento público. Isso porque a ninguém é dado alegar desconhecimento da lei.

Vitor Frederico Kumpel^[7] ensina que *vacatio legis* “é o período de tempo ou intervalo entre a data da publicação da lei no Diário Oficial e a sua entrada em vigor, ocasião em que a norma passa a gozar de obrigatoriedade, ou seja, passa a gerar poder de incidência nos casos concretos para que foi constituída. Como já estudando, a obrigatoriedade ocorre com o fenômeno da publicação da lei, porém nem sempre é instantânea, posto que nem toda lei entra em vigor na data de sua publicação. Caso a norma estabeleça *vacatio legis*, a obrigatoriedade fica diferida, ou seja, postergada até sua entrada efetiva em vigor, no prazo assinado pelo legislador ou 45 (quarenta e cinco) dias após ter sido oficialmente publicada. O instituto é previsto tanto no art. 1º da LICC quanto no art. 8º da lei Complementar 95/1998, modificado pela Lei Complementar 107/2001. Da conjugação desses três diplomas é que deve ser analisada a *vacatio legis*. (...)”

(a) leis com *vacatio legis* expressa – de acordo com o art. 8º da LC 95/1998: “A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo em contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão. De início encontramos um gravíssimo erro, porque não é a vigência da lei que é indicada de forma expressa, e sim a *vacatio* de lei que deve ser indicada de forma expressa; (b) leis sem *vacatio legis* – são aquelas que, conforme o art. 8º da LC 95/1998 acima transcrito, entram em vigor na data de sua publicação, tendo em vista considerar o legislador a pequena repercussão dessas normas. (c) leis com *vacatio legis* tácita – em princípio, não deveria existir qualquer lei com *vacatio legis* tácita, já que o art. 8º da LC 95/1998 estabeleceu que toda norma deveria ter um comando determinando um prazo ou a imediata entrada em vigor desde a data da publicação“.

O artigo 1º da LINBD dispõe que “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”. Na prática, a maioria das leis editadas contém disposições contrárias à acima referida, determinando que a vigência se dê de forma imediata, ou seja, logo após a publicação.

7. Obra citada, páginas 115/118.

E mais, seu parágrafo primeiro assim dispõe “*nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.*”

De qualquer forma, o artigo 1º da LINBD previu a possibilidade de aumentar ou diminuir a *vacatio legis*, sendo instrumento de grande valia, por exemplo quando entrou em vigor o Novo Código Civil, cujo período de *vacatio* foi de um ano.

A vigência temporal é assegurada pela necessidade de publicação da lei e do cumprimento (ou não) da *vacatio legis*. Com efeito, somente após, promulgada e publicada é que a lei pode ser imposta, sem que haja insegurança jurídica. Essa publicação é feita no Diário Oficial, como forma de informar todos os cidadãos sujeito às normas, simultaneamente, e no território correspondente à sua aplicabilidade.

E para que a norma possa ser válida não somente no tempo, mas no espaço correspondente, mister que o Diário Oficial escolhido seja aquele correspondente ao território, cujos cidadãos interessados pertençam, ou seja, Federal, Estadual e/ou Municipal, por exemplo, tudo sempre visando a manutenção da segurança jurídica do ordenamento.

A vigência no tempo está relacionada a eficácia acima referida, na medida em que da publicação pode decorrer (i) vigência imediata – quando a norma passa a produzir efeito na data da publicação; (ii) vigência diferida – quando a norma entra em vigor após a *vacatio legis* acima referida; e, (iii) vigência tácita quando a norma não dita prazo para entrar em vigor, aplicando-se o artigo 1º, da LINBD.

Mesmo assim, não há que se confundir vigência com eficácia. A norma será eficaz produzindo efeito no caso concreto, se cumpridos os requisitos para que possa entrar em vigência e, portanto, antes de sua revogação.

A vigência é representada pelo período em que a norma goza de validade e, portanto, antes de ser revogada, enquanto a eficácia é a possibilidade de produzir efeitos se necessária aplicação ao caso concreto.

A contagem do prazo para entrada em vigor da lei se inicia na data da publicação (inclusive) até o último dia (inclusive).

Como regra toda lei vigora até que outra a modifique ou revogue (artigo 2º da LINBD), sendo certo que a revogação pode se dar de forma expressa ou tácita. Por certo, se uma lei a revoga em seu texto anterior, a revogação será expressa. Revogação será tácita se o novo texto normativo for incompatível com o anterior ou quando a lei nova abordar inteiramente determinada matéria.

A revogação é ato que visa cessar a vigência de determinada lei, extraindo-lhe, conseqüentemente eficácia validade. Alguns doutrinadores discutem se o ato da revogação retiraria somente a validade ou somente a eficácia de determinada lei. No nosso entendimento, se eficácia está diretamente relacionada à hipótese de incidência sobre caso concreto, tal poder é inegavelmente cassado pela revogação.

Outrossim, como regra geral a lei posterior revoga tacitamente a anterior, desde que essa não seja especial e que a revogação tácita se concretiza com as regras de hermenêutica jurídica.

A propósito da extensão na compreensão da revogação tácita e sua aplicabilidade, Maria Helena Diniz^[8] ensina que “*nem sempre o desaparecimento dos motivos legais determinantes da publicação de uma lei conduz à sua revogação tácita, não sendo possível afirmar-se que uma lei, determinada por fatos especiais e transitórios, deixa de ser aplicada, quando as razões em que se inspirou vierem a cessar. Bianchi esclarece-nos que apenas se dará a revogação tácita se o estado de coisas a que a lei se destinava desapareceu totalmente, não tendo ela mais qualquer razão de existência. Por exemplo, se uma norma, para facilitar o ingresso de visitante em uma exposição, determinar a redução do preço das passagens aéreas, evidente estará que, encerrada a exposição, terminam os motivos da lei, por ter desaparecido o estado de coisas a que se destinava. Conseqüentemente, dever-se-á ter cautela na delimitação do sentido do princípio cessante ratione legis, cessat e jus dispositio, tendo-se em vista que a autoridade da norma não decorre dos motivos que a inspiraram, mas sim da*

8. Obra citada, páginas 72 e 73.

competência de seu elaborador, a quem está reservada a função de declarar se ainda tem razão para existir.”

Assim, o que determina a aplicabilidade da revogação tácita não são os motivos que levaram à elaboração da nova lei, mas sim na interpretação de seu texto propriamente dito em relação à nova lei publicada.

O exemplo mais claro do acima exposto é que a entrada em vigor de uma nova Constituição Federal não invalida toda legislação inferior constante do ordenamento, mas tão somente aquela cuja interpretação colidir com o novo texto, de onde se extrai que uma norma somente pode ser revogada por uma hierarquicamente equivalente ou superior.

De uma forma ou de outra, a vigência e a revogação temporária só são admitidas em casos excepcionais, principalmente e inclusive, para ser mantida a segurança jurídica do ordenamento.

3.2. Eficácia da Lei no Tempo e no Espaço

A eficácia no tempo e no espaço está diretamente relacionada com poder de incidir sobre um caso concreto, tomando-se efetiva quando aplicada em determinado tempo e espaço.

Nesse sentido, se uma norma cai em desuso, poder-se-ia dizer que continuará sendo eficaz na medida em que está formalmente apta a ser aplicável ao caso concreto, no tempo e no espaço. No entanto, as situações táticas criadas não ensejaram sua aplicabilidade.

Por sua vez, há possibilidade da obrigatoriedade de sujeição da lei nova antes de findo o prazo da *vacatio legis*. Maria Helena Diniz^{9]} ensina que “*não há submissão à novel norma antes de sua obrigatoriedade, embora seja permitido a alguém dela usar, mediante convenção, que constitui lei entre as partes, desde que não contrarie os princípios de ordem pública em que se funda a antiga lei, nem fira os interesses e*

9. Obra citada, página 60.

direitos de terceiros. Contudo, será mister esclarecer que não será a lei nova que obrigará os contratantes, mas sim o contrato feito por eles, que é lei entre as partes. Eis por que para Venzzi seria lícito, se a nova lei não contiver derrogação de preceito imperativo da lei anterior, ou de princípios gerais de direito consagrados pela velha lei, cumprir-se essa lei nova ainda não obrigatória, pois incide na livre vontade de cada um aquilo que não é ordenado nem proibido legalmente, e dentro deste limites, portanto, não se pode vedar, como já dissemos alhures, a observância da lei nova pelos contratantes apesar de não ser obrigatória. Assim, se um contrato for estipulado na vigência da lei não revogada, conforme os preceitos da lei futura ainda não vigente, possível será admiti-lo desde que fira as normas cogentes da lei em vigor que continua eficaz.”.

Apesar do acima disposto – incluindo o efeito imediato e especial, reitera-se que a lei protege o ato jurídico perfeito e acabado, portanto, já consumado, bem como o direito adquirido e a coisa julgada.

3.3. Da Aplicabilidade da Lei

A aplicação da norma pelo juiz referido no início do artigo 5º, da LINBD visa justificar a possibilidade de enquadramento de um enunciado genérico ao caso concreto. Assim uma vez posto determinado fato e suas consequências.

Maria Helena Diniz^[10] ensina que “*quando o magistrado não encontra norma que seja aplicável a determinado caso, e não podendo subsumir o fato a nenhuma norma, porque há falta de conhecimento sobre um status jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema normativo que pode consistir na ausência de uma solução, ou na existência de várias soluções incompatíveis, estamos diante de um problema de lacuna normativa, no primeiro caso, ou de lacunas de conflito, ou antinomia real, no segundo. (...)O magistrado, como dissemos, ao aplicar as normas jurídicas, criando uma norma individual, devesse interpretá-las, integrá-las e corrigi-las, mantendo-se dentro dos limites marcados pelo direito. As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa, pois contém critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma do direito. Por isso, a tarefa do magistrado*

10. Obra citada, páginas 10 A 12.

não é meramente mecânica; requer certo preparo intelectual ao determinar qual a norma que vai aplicar.”.

Em assim sendo, para atingir a completude na aplicação do ordenamento jurídico e entender o alcance na utilização da LINBD, necessário breve relato sobre as lacunas.

4. Das Lacunas no Direito e Sua Relevância para o Estudo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A completude do sistema jurídico e a relevância das regras para sua aplicabilidade – as lacunas, principalmente após o século XIX e principalmente no século XX, tornaram-se questões de grande relevância para o estudioso do direito.

Apesar disso, é realmente após o século XIX, que a problemática da lacuna ganha relevância diante da organização do ordenamento jurídico e sua forma de sistematização. Com efeito, a necessidade de enfrentamento da existência de lacunas e sua regulação foram abordadas na elaboração do Código Civil Francês de 1804.

Muito se discutiu acerca da questão da completude e se estava relacionada ao sistema jurídico propriamente dito e a lógica que foi utilizada para construí-lo ou simplesmente à aplicabilidade e seus mecanismos.

A necessidade de decidir de forma eficaz e coerente e por fim a conflitos emergentes das relações sociais faz do magistrado importante meio na aplicação das leis e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro veículo de grande valia, inclusive no preenchimento das lacunas.

Extraí-se dos breves apontamentos acima que a evolução do tema de preenchimento das lacunas está diretamente relacionada à positivação do direito e de seus corolários, principalmente na forma escrita.

A esse propósito, o artigo 4º da LINBD prevê que na hipótese de omissão da lei, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Se ao Juiz é dado decidir o caso concreto mediante utilização da analogia, costumes e princípios gerais de direito, porque o estudo das lacunas? Não importa se o sistema jurídico é estático ou dinâmico, já que o artigo 04º acima referido combinado com o artigo 5º da LINBD propiciaria a resolução de qualquer caso concreto?

Note-se que a possibilidade de existência de lacunas não se confunde com a possibilidade de utilização, pelo magistrado, da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Pelo contrário, mesmo com a utilização deles, o caso concreto ficaria sem solução e, portanto, sem uma decisão a ser tomada.

A grande maioria dos juristas que trataram do assunto, ainda na vigência da Lei de Introdução ao Código Civil, afirmam que interpretar é um processo para definição do sentido e do alcance das normas jurídicas, considerando o ordenamento jurídico como um todo harmônico e dinâmico.

Assim, mesmo diante de eventuais lacunas, o ordenamento apresentará critérios para seu preenchimento e solução dos conflitos sociais e nesse sentido a importância do estudo apropriado da LINBD.

Importante não confundir as expressões hermenêutica jurídica com interpretação jurídica. Esta é a aplicação daquela, na medida em que a hermenêutica é a ciência que estuda a interpretação e todas as suas nuances ^[11].

11. "Rumpf informa que na Alemanha se considera a Hermenêutica expressão antiquada (1). Usavam-na, de preferência, os antigos romanistas germânicos. A língua alemã é mais precisa e opulenta que as neolatinas. Este fato, que constitui o desespero dos que a estudam, lhe dá indiscutível superioridade no terreno científico. Observaram bem essa verdade os redatores do moderno Código Civil Suíço. Como todas as leis da República Helvética, obrigatoriamente deveriam ser promulgadas em três línguas: alemã, francesa e italiana. Escrito na primeira, foi difícilimo verter para a segunda. Os juristas afirmam e demonstram que logo no primeiro artigo não ficou traduzido fielmente o pensamento contido no texto original (2). O vocábulo *Auslegung*, por exemplo, abrange o conjunto das aplicações de Hermenêutica; resume os significados de dois termos técnicos ingleses – *Interpretation e Construction*; é mais amplo e ao mesmo tempo mais preciso do que a palavra portuguesa correspondente – Interpretação. Não é de admirar, portanto, que os alemães, como dispunham de um vocábulo completo para exprimir uma idéia, o adotassem de preferência. Demais, entre eles se tornou comum o emprego de *Hermenentik e Auslegung*, como entre nós o de Hermenêutica e Interpretação, na qualidade de sinônimos. “, por Carlos Maximiliano, in Hermenêutica e Aplicação do Direito, página 02.

Diversos estudiosos na França e na Itália^[12] – ordenamentos que espiram de alguma elaboração do nosso sistema jurídico, situam a hermenêutica jurídica como uma teoria da interpretação das leis.

Através da utilização de técnicas de interpretação é possível aplicar a norma jurídica às relações sociais, estabelecendo seu verdadeiro alcance, como preleciona o artigo 5º da LINBD, quando dá diretrizes ao magistrado na aplicabilidade da lei.

Zeno Velozo^[13] ensina que *“toda lei tem de ser interpretada; a aplicação depende da interpretação, de adaptação ao caso concreto. Como adverte Herbert Hart, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas. Há um adágio que, embora expresso em latim, não é de origem romana, e que diz: “in claris cessat interpretatio” (nas coisas claras cessa a interpretação). Nada há mais falso que isto! Até porque, para concluir que é clara a proposição, já es teve uma atitude mental ou intelectual. Para afirmar que é claro, já se interpretou. Ao assegurar que o céu é azul, tem-se, antes, idéia do negro, do amarelo, do vermelho, e de outras cores. Portanto, mesmo que a expressão de lei seja discriminada, rígida, descritiva, prevendo situações com detalhes, a interpretação é indispensável. Mas, nem todas as situações da vida podem ser previstas e reguladas minuciosamente. Seguindo o modelo do Código Civil alemão, já adotado no Código Civil português, o novo Código Civil brasileiro, ao lado de preceitos casuísticos, fixos, apresenta muitas normas que exprimem cláusulas gerais, conceitos indeterminados e abstratos.”*^[14].

Daí a importância no estudo do conteúdo do artigo 5º da LINBD, que apresenta similares em grande parte dos Países.

Ampla pesquisa sobre o assunto realizou o Professor Eduardo Espínola^[15], conforme abaixo em destaque:

12. Cita-se Berriat Saint – Prix e Caldara e Degni.

13. Obra citada, página91.

14. Obra citada, página 92.

15. In A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Renovar, 3ª edição, páginas 121 a 124.

ÁUSTRIA: Art. 6º: “ Einem Gesetze darf in der Anwendung Kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigen thümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der Klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.” Art. 8º: “Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Eine solche Erklärung muss auf alle noch zu entscheidende Rechtsfälle angewendet werden, dafern der Gesetzgeber nicht hinzufügt, dass seine Erklärung bei Entscheidung solche Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werden solle.”

CHILE: Art. 3º.” Solo toca al legislador explicar o interpretar la lei de un modo jeneralmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto d elas causas em que actualmente se pronunciaren.” Art. 4º:” Las disposiciones contenidas em los Código de Comercio, de Minería, Del Ejército i Armada, i demas especiales, se aplicarán com preferéncia a las de este Código.” Art.5º.” La Corte Suprema de Justicia i las Cortes de Alzada em el mes de marzo de cada ano, darán cuenta al Presidente de la Republica de las dudas i dificultades que les bayan ocurrido em la intelijencia i aplicacion de las leyes, i de los vacios que noten em ellas.” Art, 19:” Cuando el sentido de la lei es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretesto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una espresion oscura de la lei, recurrir a su intencion o espíritu, claramente manifestado em ella misma, o em historia fidedigna de su establecimiento.” Art.20:” Las palabras de la lei se entenderán em su sentido natural i obvio, segun el uso jeneral de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido espresamente para ciertas materias, se les dará em éstas su significado legal.” Art. 21:” Las palabras técnicas de toda ciencia o arte; a ménos que aparezca claramente que se han tomado em sentido diverso,” Art.22:” El contexto de la lei servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondéncia i harmonia. Los pasages oscuros de una lei pueden ser ilustrados por médio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. “Art 23:” Los favorable u odioso de una disposicion no se tomará em cuenta para ampliar o restringir su interpretacion. La estension que deba darse a toda lei, se

determinará por su genuino sentido i segun las reglas de interpretacion precedentes.”
Art.24:” Em los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretacion precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu jeneral de la lejislacion i a la equidad natural.”

COLÓMBIA: Art. 17:” Las sentencias judiciales nos tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas em que fueron pronunciadas. Es, portanto, prohibido á los jueces proveer en los negocios de los negocios de su competencia por via de disposición general ó reglamentaria. “ Art. 25: “La interpretación que se hace con autoridad para fijar sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador.” Art.26: “Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación.” Art.26: “Los jueces y los funcionarios públicos, em la aplicación de las leyes á los casos particulares y em los negocios administrativos, las interpretam por via de doctrina, em busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio critério para acomodar las determinaciones generales de la ley á sus hechos é intereses peculiares. Las reglas que se fijan em los artículos siguientes deben servir para la inteprestción por via de doctrina.”.Arts. 27 a 32-iguais ais arts. 19 a 24 do Código chileno.

EQUADOR: Art. 3º, como o de igual número do código chileno. Art. 4º:”Em el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino á falta de esas leyes.” Art.18:”Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad ó falta de ley. En tales caso juzgarán atendiendo á las reglas siguientes: 1ª-igual ao preceito do art. 19 do Código chileno;2ª-art. 20 do Código chileno; 3ª-art. 21 do mesmo Código;4ª-art.22;5ª-art.23; e 6ª-art.24, sempre do Código chileno; 7ª-A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá á los principios del derecho universal,” Art. 19: “Cuando haya falta ú oscuridad de ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán al Poder Legislativo por medio de la Corte Suprema, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.”

ITALIA: Art. 3°-das disposizioni sulla pubblicazione ed applicazione delle leggi in generale: “ Interpretazione della legge.-Nell’applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore...” Art. 4° das mesmas disposizioni: “Applicazione delle leggi penali ed eccezionali: Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati.”

MÉXICO: Art. 11: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, non son aplicables a caso alguno que no estpe expresamente especificado em las mismas leyes.” Art. 19: “ Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica...”

MONTENEGRO: Art. 776: “Ogni qualvolta Che si vuole interpretare una legge, prima di tutto bisogna, in quanto sia necessario, determinare il senso naturale (prosti razum), e il próprio significato delle parole (smisao samih rijeci). Quindi si ricercano e si rilevano, in quanto sia necessario e possibile, tutte le circostanze, le cause e gl’impulsi fra i qualli há avuto luogo la disposizione di legge. Conseguentemente bisogna procurare: di scoprire i motivi Che determinarono il legislatore di fare una tal legge, come pure, cosa colla stessa desiderava di conseguire; d’indagare in qual nesso questa legge si trovi colle altre norme di uguale o somigliante specie; di risapere se il legislatore aveva veramente in vista un genere di affari come è quello di cui si tratta, ecc. Tutta questa operazione si deve eseguire in modo semplice, naturale, senza storzi, senza sottigliezze, senza idee preconette. Si deve, inoltre, sempre riflettere a cio, che nel legislatore non poteva in rerum modo esservi l’intenzione di autorizzare il giudice di commettere um’ingiustizia a danno di chississia basandosi a una disposizione meno chiara.”Art. 778: “Quando il legislatore interpreta una legge, in tal caso la medesima dev’essere intesa nel significato e nel senso con cui egli l’ha interpretata.” Art. 782: “La giustizia e l’equità sono, ben s’intendi, fondamento e della legge e delle legali consuetudini, e quando il giudice decidi giusta

le regole attinte dalla legge e dalle legali consuetudini, eglicertamente procede secondo giustizia ed equità. Infatti, già il legislatore e il popolo da queste trassero le regole secondo le quali il giudice decide...”Art. 993:” Cbi conosce soltanto le parole della legge non conosce ancora la legge, fino a tanto che non ne comprenda il senso e il significato.”Art. 995: “ Una prescrizione che si discosta dalla regola generale, va interpretata nel più stretto senso.”

PERU: Art. 24 do título preliminar: “La Corte Suprema dará cuenta al Congreso de los vacios y defectos de la legislación”.Art. 25: “Los jueces respecto de las Cortes Superiores y éstas respecto de la Corte Suprema tienen la obligación a que se refiere el artículo anterior.”

PORTUGAL: Art.11: “A lei que faz exceção às regras gerais não pode ser aplicada a nenhum caso, que não esteja especificado ne mesma lei.”

SUÍÇA: Art. 1º: “La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions... La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione... Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.” Art.4º: “La juge applique les règles du droit et de l’équité, lorsque la loi reserve son pouvoir d’appréciation ou qu’elle le charge de prononcer en tenant compte, soit des circonstances, soit de justes motifs.” “Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.” “Il giudice è tenuto a decidere secondo il diritto e l’equità quando la legge si rimette al suo prudente critério o fa dipendere la decisione dall’apprrezzamento delle circostanze, o de motivi gravi.”

URUGUAI: Art. 12, como o 3º do Código chileno. Art. 14: La Alta Corte de Justicia, y los Tribunales de Apelaciones, siempre que lo crean conveniente, darán cuenta al Poder Ejecutivo e las dudas y dificultades que les hayan ocurrido em la inteligéncia y aplicación de las leyes e de los vacíos que noten en ellas, á fin de que el Poder Ejecutivo inicie ante el Cuerpo Legislativo, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes.” Art. 17 igual ao 19º do Código chileno, cuyos artigos 20 e 21 e o primeiro inciso do 22º formam ao art. 18 a 20 do Código uruguaio”.

VENEZUELA: Art. 4º: “Cuando se trate de aplicar la ley debe atribuirsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, segun la conexión de ellas entre sí y según la intención del legislador.” Art. 14: “Las disposiciones contenidas em los Código y leyes nacionales especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código em las materias a que ellas se contraigan.”

Em assim sendo, indispensável abordar a questão da importância de algumas técnicas de interpretação que podem ser utilizadas diante do conteúdo acima referido.

5. Conclusões e Sugestões

A vida em sociedade e a estabilidade do ordenamento jurídico seriam abalados se existisse a possibilidade de se invocar o desconhecimento do texto legal.

Hodiernamente, com o acúmulo de edições de Medidas Provisórias, dentre outros textos legislativos, este princípio é mitigado pela possibilidade de se invocar erro de proibição ou erro de direito, seja no âmbito do direito civil ou do direito penal.

De qualquer forma, o magistrado não pode se eximir de decidir sob fundamento de omissão da lei. Se a lei for omissa quanto a determinada questão, o Juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e princípios gerais de direito.

Dispõe o artigo 4º da LINBD que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Por sua vez, na esfera da lógica formal, uma contradição pode ser derivada de uma premissa, supostamente falsa. Com efeito, se uma contradição é derivada de uma série de premissas, isso mostra que pelo menos uma das premissas é falsa, devendo ser afastada.

Apesar da faculdade conferida pelo artigo 5º da LINBD na utilização dos critérios de interpretação pelo Juiz, tal não pode se dar de forma indiscriminada.

A propósito dos limites da atividade interpretativa, Wilson Batalha^[16] ensina que “parece-nos não haver dúvidas de que, dentro dos limites constitucionais, pode o Poder Legislativo elaborar leis sobre quaisquer assuntos e, por via de consequência, lhe é facultado interpretar leis anteriores, atribuindo-lhes interpretação autêntica. Entretanto, se o texto da lei interpretada é claro e isento de dúvidas, nenhuma necessidade haverá de interpretá-lo autenticamente. Se, ao contrário, o texto é obscuro ou ambíguo, ou se a lei interpretação autêntica constitui nova lei e, como tal, não pode fazer corpo com a lei interpretada, nem ser aplicada retroativamente, consoante, de maneira sábia, preceitua o *codex jùris canonici*. Em síntese, a lei interpretativa não constitui interpretação; constitui leis novas, que modifica o direito anterior, limitando a livre interpretação do texto da lei interpretada pelos tribunais, ou alterando-lhe o sentido ou o alcance. () Outrora, a interpretação autêntica assumia vulto consideravelmente maior do que nos dias atuais.”

Conforme ressaltado na Introdução, aqui não se visa o aprofundamento no estudo das técnicas de interpretação diante do ordenamento jurídico, mas tão somente a justificativa de que a *reductio ad absurdum* se trata de argumento válido na aplicabilidade das normas pelo magistrado.

Para tanto, indispensável a abordagem do tema interpretação e suas técnicas, para justificar a extensão da aplicabilidade do artigo 5º, da LINBD, especialmente a justificativa da *reductio ad absurdum*.

16. Obra citada, página 528/529.

Diversos são os juristas que ressaltam a importância dos critérios de interpretação no entendimento do artigo 5º da LINBD e sua extensão. . Nesse sentido aponta o Professor Wilson de Souza Campos Batalha que “*ao dizer o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, refere-se à tarefa de interpretação e não, propriamente, de aplicação da lei, porque, realmente, não fora mediante ponderações acerca dos fins sociais da norma e das exigências do bem comum que se poderia aplicar um comando legal em sentido diverso daquele que resultasse de sua acertada interpretação, E óbvio que as considerações acerca dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum podem e devem ser tidas em foco na interpretação da lei e, por via de conseqüência, na sua aplicação. Mas, os critérios que o inciso aponta não são critérios para a aplicação da lei, propriamente dita, e sim para a sua interpretação. Ademais, esses critérios são vagos, imprecisos, não dotados de conteúdo específico. O inciso em tela poderia, perfeitamente, ser suprimido sem que com isso sofresse o Direito positivo. Na realidade, não há lei que não tenha fim social e que não deva ser interpretada à luz da finalidade social que se propõe. Não há, outrossim, lei que não pretenda satisfazer às exigências do bem comum. O problema consiste em saber qual é a finalidade social da lei e em que consistem as exigências do bem comum, problema ao qual o legislador não deu, nem poderia dar, qualquer solução, uma vez que depende do ponderado critério e do descortino do interprete esclarecido, não podendo ser predeterminada em fórmulas genéricas.*”¹⁷.

De qualquer forma, indispensável o entendimento da nomenclatura *reductio ad absurdum*.

Diversos são os exemplos, no campo da lógica formal, a justificar a possibilidade da *reductio ad absurdum*. *Reductio ad absurdum* é um forma latina para uma expressão de origem grega que significava *redução ao impossível*, freqüentemente utilizada por Aristóteles, para justificar o que atualmente alguns juristas chamam de *prova por contradição*.

Concluindo, trata-se de forma de descrever um argumento no qual uma conclusão é derivada de uma crença a qual todos aceitarão como falsa ou

17. In Lei de Introdução ao Código Civil, volume 1, Fontes e Interpretação do Direito, Max Limonad, página 470.

absurda. No entanto, apesar da existência de uma contradição formal é por definição absurda (inaceitável), um argumento *reductio ad absurdum* simplório pode ser rejeitado simplesmente aceitando propositadamente a conclusão absurda, pois ela por si própria deixará transparecer o seu teor paradoxal.

6. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo. Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1997.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil (fontes e interpretação do direito)*. São Paulo. Max Limonad.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo. Polis. 1989.

CARRANZA, Jorge A. *Necesidad de una interpretación estricta de las normas imperativas del derecho privado*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 20/11. 1982.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza e Luiz Ivani de Amorim. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada*. Rio de Janeiro. Forense. 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo. Saraiva. 13ª edição. 2007.

_____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo. Saraiva. 18ª edição. 2006.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo. Saraiva. 24ª edição. 2007.

ESPINOLA, Eduardo e Eduardo Espinola Filho. *Lei de introdução ao código civil brasileiro (Dec. -Lei nº4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações de Lei nº3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores)*. Renovar. 3ª edição.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro. Forense. 2006.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro. Nau. 2005.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. revista e aumentada. São Paulo. Saraiva. 5ª edição. 1997.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Lei de introdução ao código civil comentada (decreto-lei N.4.657, de 4.9.1942)*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2005.

FRIEDE, Roy Reis. *A importância do conhecimento da hermenêutica*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 57/26. 1991.

GARCIA, Maria. *Direito e ética no mundo contemporâneo*. In Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo nº 9/134.

GIULIANI, Alessandro. *Logica giuridica e applicazione giurisprudenziale della legge*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 21/11. 1982.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Lei de Introdução civil interpretada*. Juarez de Oliveira. 2000.

MACEDO, Silvio de. *Da exegese e dos níveis hermenêuticos*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 38/179. 1986.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Sobre o juiz, a lei e a idéia de justiça*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 36/83. 1986.

PERELMAN, Chaiim. *Tratado da Argumentação*. São Paulo. Martins Fontes. 1996.

SALERNO, Marcelo Urbano. LAGOMARSINO, Carlos A. R. *Código Civil Argentino y legislación complementaria*. Via Monte. Heliasta S.R.L. 1730.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao código civil*. São Paulo. Unama. 2005.

WALD, Arnoldo. *Os métodos modernos de interpretação*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 31/7. 1985.

Uma Lei Federal para Reprodução Assistida no Brasil?

*A FEDERAL RULE FOR ASSISTED REPRODUCTIVE
TECHNOLOGY (“ART”) IN BRAZIL?*

Diogo Leonardo Machado De Melo

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis pela
Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em
Direito Civil pela PUC-SP.
Professor de Direito Civil do Mackenzie.
Diretor Administrativo do IASP.

Sumário

1. O contexto legislativo brasileiro.
2. O reconhecimento de novas formas de família e o aumento do interesse no tema.
3. A ausência de lei federal e a realidade prática: caso de *non liquet*?
4. Conclusão.



Resumo

Apesar da norma constitucional a respeito do planejamento familiar e normas gerais a respeito da filiação derivada de fecundação heteróloga, o Brasil não possui uma lei federal específica sobre a reprodução assistida. Mas ela é necessária para resolução dos problemas práticos que a jurisprudência enfrenta?

Palavras-chave: Direito Civil, Família, Filiação; Reprodução assistida; Regulamentação legal.

Abstract

Despite the constitutional rule regarding family planning and general rules about fertilization, Brazil does not have a specific federal law on Assisted Reproductive Technologies. But is it necessary to solve the practical problems faced by jurisprudence?

Keywords: Civil law, Family law, Filiation, Assisted reproductive technologies, Legal regulation

1. O contexto legislativo brasileiro

O Brasil foi pródigo no tratamento das questões de família no âmbito da Constituição de 1988. Reconhecimento de novas formas de família ao lado do casamento, igualdade entre os filhos, o direito da criança e do adolescente foram consagrados pelo Constituinte. E em relação ao projeto de filiação, o § 7º do artigo 226 da Constituição prescreve que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e *científicos para o exercício desse direito*, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A norma programática acima destacada não deixou de delinear uma eficácia constitucional de seu âmbito: é vedação ao Estado interferir no planejamento familiar projetado pelos partícipes da Família, bem como criar políticas públicas de incentivo ou restrição ao número de filhos. Cabe ao Estado, quando muito, orientar e disponibilizar métodos e infraestrutura no seu sistema para atender eventuais interessados no projeto de filiação.

A regulamentação desta norma demorou a acontecer. A Lei Federal brasileira nº 9263, de 12 de janeiro de 1996, veio com o propósito de especificar como poderia ser esta atuação do Estado no planejamento familiar. Todavia, o legislador federal circunscreveu a explicitação do comando constitucional na explicação do que viria ser o tal do “planejamento familiar”, colocando o Sistema Único de Saúde à disposição do interessado (homem ou mulher) que pretendesse limitar ou aumentar “a prole”, estabelecendo, em parte final, crimes que envolveriam a esterilização sem o consentimento.

O fato é que tal legislação não trouxe o esperado, especificamente sobre o direito do cidadão em relação ao uso da ciência em prol do projeto de filiação. É possível se usar a ciência, a medicina, como forma de favorecimento ao projeto de filiação? Valer-se de doação de material genético de pessoas diversas, valer-se de diagnóstico prévio a implantação de embriões, valer-se de útero de outra mulher, com o amparo da ciência, rompendo-se com o dogma do brocardo *mater semper certa est*?

O Código Civil brasileiro de 2002, de maneira muito tímida, trouxe genericamente a hipótese. Em seu artigo 1.597, inciso V, prescreveu ser possível filhos derivados de “inseminação heteróloga”, com autorização do marido, bem como “inseminação homologa”, abrindo um flanco importante para a admissibilidade de filiação derivada de reprodução assistida.

2. O reconhecimento de novas formas de família e o aumento do interesse no tema

Apesar da autorização do Código Civil brasileiro de 2002, isso não significou um aumento exponencial da busca de reprodução assistida pelos interessados no Brasil. Tal fenômeno só se alterou em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, passou a admitir como entidade familiar uniões estáveis e casamentos formados por pessoas do mesmo sexo.

Tal julgamento representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o nosso Direito das Famílias. Um julgamento tão *público* em uma seara tão *privada* da pessoa humana, que é a que condiz com a sua intimidade e os seus relacionamentos afetivo-sexuais. O Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher.

Se tal julgamento representou uma pá-de-cal na discussão envolvendo a possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais --- o que era

lamentavelmente questionado até 2010 --- o projeto de filiação ganha novos contornos envolvendo a possibilidade do uso da ciência para também permitir a este modelo de filiação um projeto de reprodução próximo a filiação natural, com o uso, inclusive, de material genético homogêneo as interessados neste sonho de ter um filho.

Apesar do fato histórico judicial --- que motivou, intuitivamente, o interesse exponencial no uso da reprodução assistida para fins de procriação --- o Brasil não cuidou de aprovar uma lei a respeito do tema.

Isso não quer dizer que não tenhamos projetos de lei em curso no Congresso Nacional. Apenas para citar, temos o Projeto de Lei 115/2015, de Autoria do Deputado Juscelino Rezende Filho, que abarcou o anteprojeto do Estatuto da Reprodução Assistida idealizado pela Profa. Dra. Ana Cláudia Silva Scalquette, então conselheira da Comissão de Biotecnologia e Estudos sobre a Vida da OAB-SP e Professora de Direito Civil do Mackenzie.

Há também um projeto de Lei nº 1184/2003, de autoria do Senador Lucio Alcantara, que recentemente recebeu parecer favorável pela tramitação.

E no âmbito acadêmico-associativo, há Propostas de Anteprojeto do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) que, através de sua Comissão de Direitos Fundamentais, propõe-se também a regulamentar a questão no âmbito federal.

A grande questão que se põe é: diante da ausência de legislação específica a respeito do tema, correto aguardar o pronunciamento do Congresso a respeito do tema para aplicarmos preceitos jurídicos a esta inegável demanda no âmbito brasileiro?

O Conselho Federal de Medicina, desde 2012, não se omitiu em relação ao tema e trouxe importante regulamentação ética para atuação de seus profissionais, especialmente em razão da alta demanda sobre a reprodução assistida.

Ao longo do tempo, tivemos inúmeras resoluções a respeito do assunto.

Tivemos a Resolução 2013/2013, depois tivemos a Resolução nº 2121/2015, Resolução 2168/2017, Resolução nº 2294/2021 e agora, no último dia 20 de setembro de 2022, foi publicada a Resolução 2320/2022, trazendo ao público normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros.

O contexto do direito português é relativamente diferente do contexto brasileiro ^[1]. A Constituição Federal Portuguesa preocupou-se com a regulamentação da *procriação medicamente assistida*, estabelecendo como limite a salvaguarda da *dignidade da pessoa humana* (CRP, art. 67, “e”). Também estabeleceu o direito à constituição de *família* um direito fundamental (CRP, art. 36º., 1) em situações de *plena igualdade*.

Mais do que isso: segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS ^[2], trata-se de um direito fundamental de *procriar*. Para DIOGO LEITE CAMPOS ^[3], na medida em que a Constituição consagra estes dois direitos, contemplando *primeiro* o direito a constituir *família*, e depois o direito a contrair casamento, transparece a opção da Constituição em não fazer depender o direito a procriar da celebração de um casamento e a abertura à relevância jurídica de outros tipos de família, nomeadamente as “uniões de facto”.

Estes direitos podem ser perspectivados não só enquanto direitos fundamentais como também como formas de realização da própria natureza humana. Com efeito, verifica-se que da grande maioria das uniões resulta um desejo de procriar, fazendo este parte do projeto de felicidade e de realização pessoal do casal (CRP, artigo 67º). Trata-se de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental, que é, e deve ser, assegurada por constituições e eis ordinárias.

1. Sobre o assunto v. meu *Gestão de substituição*. (MELO, Diogo L. Machado de. *Gestão de substituição*. São Paulo: Editora IASP, 2017).

2. MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p.399.

3. CAMPOS, Diogo Leite de. “A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, ano 66, 2006, p.1030.

Segundo TIAGO DUARTE^[4], a fertilidade é vista pela humanidade como valor máximo, sendo que a falência do processo reprodutivo (infertilidade/esterilidade) põe em causa o *projecto existencial* e de autorealização do casal (maternidade/paternidade) com a consequente frustração pessoal e social^[5].

Há na reprodução humana duas dimensões distintas, constituindo, em simultâneo, um direito *positivo* e um direito *negativo*. Enquanto direito *negativo*, o direito a procriar significa que todos têm direito a reproduzir sem a interferência de ninguém. Já numa dimensão *positiva*, o direito a procriar pressupõe um direito à assistência na reprodução. O que se coloca agora em questão é se faz parte deste direito a reproduzir, nomeadamente nesta dimensão de assistência à reprodução, a *procriação medicamente assistida*.

Em relação à questão da *procriação*, CANOTILHO E VITAL MOREIRA^[6] estabelecem que alguns requisitos e limites precisam ser observados: “saber até que ponto é que o direito a ter filhos envolve um direito à inseminação artificial heteróloga ou à gestação por “mãe de aluguel”. Definem, no entanto, o direito a constituir família como implicando não apenas o direito a estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos [...]; direito que embora não seja essencial ao conceito de família e nem sequer o pressuponha, lhe vai naturalmente associado”.

Da análise da doutrina citada, tem-se, portanto, que o *direito fundamental a constituir família*, como observado acima, não é um direito absoluto. Mas o artigo 18º, nº 2 e 3, da Constituição Portuguesa deixa prescrito que a lei só pode restringir “*os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”, sendo certo, ainda, que “*as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos*

4. DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 66.

5. DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 70.

6. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª Edição Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.567.

preceitos constitucionais”.

Comparativamente, temos que recorrer às técnicas de *procriação medicamente assistida* parece ser considerado uma vertente do direito fundamental de constituir família, não sendo, todavia, um *direito absoluto*. Mas sendo a gestação em substituição uma das formas de se levar a cabo a *procriação* e se garantir a *descendência e constituição de família*.

3. A ausência de lei federal e a realidade prática: caso de non liquet?

Apesar das críticas doutrinárias, não podemos fechar os olhos para realidade prática. Como visto acima, diante do aumento exponencial do interesse na reprodução assistida, como aplicar a questão no âmbito do direito brasileiro?

Temos uma legislação federal que admite, genericamente, a filiação derivada de reprodução assistida (homóloga ou heteróloga), como é o caso do artigo 1597, V, do Código Civil.

E hoje temos as Resoluções Administrativas do Conselho Federal de Medicina brasileiro, ao se estabelecer, por exemplo, limites éticos e jurídicos a inúmeras praticas correlatas à reprodução assistida, desde a criopreservação de embriões até a *gestação em substituição*, mediante controle rigoroso sobre quem deve servir de *substituta* na gestação, garantindo-se a gratuidade, se evitaria conflitos com a Constituição Brasileira.

E a implementação desta reprodução não tem sido ignorada pelo Poder Judiciário. A título de exemplo, o Conselho Nacional de Justiça, órgão fiscalizador máximo do Poder Judiciário Brasileiro, através de sua Corregedoria, emitiu provimento nº 52, de 14 de março de 2016 (e posteriormente provimento nº 63, de 2017), para regulamentar alguns temas relativos a reprodução assistida no Brasil o registo de filhos havidos de *gestação em substituição*. Ou seja, as próprias Corregedorias (incluindo a do CNJ) tem atuado para garantir a

implementação do registro de crianças nascidas de técnicas de reprodução assistida, evitando-se *instabilidade jurídica* no núcleo familiar que está por se formar naquele momento.

A ausência de lei a respeito não legitimou o *non liquet*. Pelo contrário, os Tribunais tem reconhecido a ampla aplicabilidade das Resoluções hoje existentes, como é o caso da análise das chamadas “inseminações clandestinas”.

3.1. “Inseminações clandestinas”

Nesta hipótese de clandestinidade, não temos clínicas, termos de consentimento e controle da doação do material genético, permitindo-se a aplicação da legislação geral a respeito da filiação. Nestes casos, correta a aplicação das *presunções previstas no Código Civil*, admitindo-se, ainda, a investigação de paternidade e registros da criança em nome da parturiente, valendo-se da máxima de que, em regra, a mãe é a genitora.

A situação de excepcionalidade deverá ser rigorosamente comprovada em processos judiciais, levando-se sempre em consideração o princípio do *melhor interesse da criança*. Esta é a situação corrida em caso julgado pelo TJ/SP, que autorizou a inclusão dos nomes de duas mães no registro de uma criança concebida mediante inseminação artificial caseira.

A turma julgadora negou recurso do Ministério Público contra o reconhecimento da maternidade homoafetiva. Para o MP, também seria necessária a inclusão do nome do pai biológico, que doou o sêmen, “como forma de se observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável”.

Ao manter a decisão de primeira instância, a relatora, desembargadora Marcia Dalla Déa Barone, citou uma escritura pública, anexada aos autos, em que o doador do sêmen declarou o feito, bem como afirmou a ausência de qualquer envolvimento emocional com as autoras e com a criança.

Segundo a desembargadora, “restou satisfatoriamente demonstrado nos

autos que este figurou como mero doador de material genético, sendo que a declaração pública por ele realizada se voltou tão somente para confirmar sua intenção em ajudar as autoras a conceberem um bebê, afirmando a ausência de qualquer vínculo afetivo com elas e/ou com a criança”, afirmou.

Mas fez a ressalva, diante da clandestinidade: “Caso o genitor biológico ou a menor deseje, no futuro, o reconhecimento de sua paternidade, não estará impedido de fazê-lo, podendo buscar as vias adequadas para tanto, sendo certo a admissão pelo ordenamento pátrio da multiparentalidade”, acrescentou a relatora, o que seria inadmissível em casos de reprodução assistida amparada pelos termos previstos pela Resolução 2320/22. Ainda segundo a relatora, “Embora o método informal adotado pelas autoras não seja permitido pelo ordenamento, tampouco deva ser incentivado, dado a indisponibilidade dos direitos envolvidos e necessidade de regulamentação, é certo que as peculiaridades do caso concreto permitem a declaração do direito em favor do melhor interesse da infante”, pontuou a magistrada^[7].

3.2. Criopreservação e consentimento do cônjuge falecido

Um outro assunto que envolveu até mesmo uma nova redação da Resolução 2320/2022 foi a questão da *criopreservação* dos embriões.

A 4ª turma do STJ fixou a impossibilidade de implantação de embriões após morte de um dos cônjuges sem manifestação inequívoca, expressa e formal^[8].

No caso concreto, os filhos do homem falecido, herdeiros universais, contestaram decisão do TJ/SP que permitiu que a ex-esposa do pai realizasse a fertilização. O ministro relator, Marco Buzzi, votou no sentido de permitir a implantação, destacando ser incontroverso que o falecido nutria o desejo, em vida, em ter filhos com sua esposa, pois a realização da inseminação artificial não serviria a outro fim.

7. TJ/SP, AC nº 1055550-93.2019.8.26.0002, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Marcia Dalla Déa Barone, julgado em 21.01.2022

8. <https://www.migalhas.com.br/quentes/346777/stj-proibe-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-dos-conjuges>

Em voto vencedor divergente, o ministro Salomão, não autorizou a realização de implantação do material biológico. Para o ministro, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, é imprescindível a sua manifestação de maneira inequívoca, “leia-se, expressa e formal”.

O caso versa em torno da utilização de embriões *post mortem*. Consta que o falecido deixou dois filhos, fruto do relacionamento com sua primeira esposa, seus herdeiros universais. No segundo casamento, o falecido não teve filhos. Após seu falecimento, a companheira de seu terceiro casamento pretendeu usar embriões congelados pelo falecido. Os filhos, diante disso, ajuizaram ação em face da mulher e do hospital objetivando o reconhecimento e declaração da inexistência do direito de utilização *post mortem* dos embriões. A sentença acatou o pedido dos filhos. Em recurso, o TJ/SP autorizou a mulher a implantar os embriões, ao considerar que os contratantes acordaram que, em caso de morte de um deles, todos os embriões congelados seriam mantidos sob custódia do outro, ao invés de descartados ou doados.

Para que fosse aplicada a diretriz do Superior Tribunal de Justiça, mesmo sem lei, a recente Resolução nº 2320/2022 do CFM prescreveu que no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los. Atualmente, segundo nova redação de 2022, não é necessária ordem judicial, valendo a manifestação de vontade para efeitos em relação aos direitos dos titulares do material genético.

3.3. Registro em casos de doação temporária do útero

A questão do registro das crianças de inseminação heteróloga no âmbito da *doação temporária do útero*, como visto acima, também ganhou o reconhecimento da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Provimento 63, de 2017.

No Brasil, com o agravamento de não termos uma lei específica sobre a gestação em substituição – e, mais amplamente, de procriação medicamente assistida –, a Lei de Registros Públicos brasileira (Lei nº 6015/1973) associa o conceito de maternidade à parturiente que, como vimos, especialmente nesta matéria, não será a mesma pessoa.

Segundo o artigo 54 da Lei de Registros Públicos brasileira, deverá conter no assento de nascimento o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada; o sexo do registrando; o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido; o nome e o prenome, que forem postos à criança; a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto; a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido; os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal, os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos; os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde e número de *identificação da Declaração de Nascido Vivo*.

Segundo a lei brasileira, a *Declaração de Nascido Vivo*, emitido pela unidade de saúde (Lei 12.662/2012), teve sua origem para coordenar políticas públicas no Brasil e, ao mesmo tempo, garantir às pessoas (especialmente às mais pobres) uma identificação antecipada, antes mesmo da efetivação do assento de nascimento.

Ocorre que, segundo a aludida lei brasileira, a destinatária de tal documento é a *parturiente*, causando, portanto, embaraços em casos de gestação em substituição. Prescreve o artigo 4º da Lei 12.662/2012 que a *Declaração de Nascido Vivo* deverá conter, além do nome e prenome do indivíduo, sexo, informação sobre gestação múltipla, *o nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto*. Mas, e caso se trate de gestação em substituição, em que a *parturiente não é a mãe*?

Até 2016, os casais, autorizados pela antiga Resolução Administrativa nº 2121/2015, emitida pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro, eram obrigados a ingressar com processo judicial para regularização da maternidade^[9] e alteração do assento de nascimento, pois, com base na *Declaração de Nascimento Vivo*, a mãe efetiva da criança nascida não tinha seu nome lançado no assento de nascimento.

Para tanto, eram obrigados a juntar o histórico da clínica envolvida na procriação medicamente assistida, juntar em processo judicial o contrato assinado de gestação em substituição, em que a gestante – no caso do Brasil, limitados a parentes de um dos beneficiários – para que um juiz de direito decidisse sobre essa alteração.

Não era comum que, em alguns casos, dada a demora processual para efetivação dessa alteração de registro de nascimento, alguns beneficiários buscassem processo de adoção para alteração do registro. Enfim, dada a falta de previsão legal a respeito do tema, muitos pais burlavam o sistema de procriação que, ao invés de favorecer o registro do nascimento em nome dos beneficiários, obrigava-os a buscar o poder judiciário para corrigir a situação. O registro, nesses casos, só se dava, portanto, por decisão judicial^[10].

9. Sobre essa realidade brasileira, comentou MARIA BERENICE DIAS que, em algumas situações esse direito deve ser buscado antes mesmo do nascimento do filho pela gestação em substituição: “nas hipóteses de gravidez em substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo, imperioso é assegurar àquela que também desejou o filho – e que não necessariamente é a mãe genética – o direito de figurar no seu registro. Tal possibilidade cabe ser buscada em juízo, mesmo antes do nascimento para que, ao nascer, seja-lhe assegurado o direito à identidade.” (BERENICE DIAS, Maria. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 371).

10. Em São Paulo, para se validar o registro da criança em nome dos beneficiários, necessário procedimento administrativo perante a Corregedoria dos Cartórios. Vide manifestação da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, PARECER Nº 82/2010 PROCESSO Nº 2009/104323, “REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS - Assento de nascimento - Filha gerada mediante fertilização in vitro e posterior inseminação, artificial, com implantação do embrião em mulher distinta daquela que forneceu o material genético - Pretensão de reconhecimento da paternidade pelos fornecedores dos materiais genéticos (óvulo e espermatozoide) - Cedente do óvulo impossibilitada de gestar, em razão de alterações anatômicas - “Cedente do útero”, por sua vez, que o fez com a exclusiva finalidade de permitir o desenvolvimento do embrião e o posterior nascimento da criança, sem intenção de assumir a maternidade - Confirmação, pelo médico responsável, da origem dos materiais genéticos e, portanto, da paternidade biológica em favor dos recorridos - Indicação da presença dos requisitos previstos na Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, em razão das declarações apresentadas pelos interessados antes da fertilização e inseminação artificiais - Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos - Recurso não provido.” (SÃO PAULO, Corregedoria Geral da Justiça. Parecer n. 82/2010, Processo n. 2009/104323. Des. Munhoz Soares, São Paulo, 26 mar. 2010). V ainda: processo n. 2014/00121892, da lavra do Dr. Gabriel Pires de Campos Sormani, MM Juiz Assessor da Corregedoria, aprovado pelo Des. Hamilton Elliot Akel, Exmo. Corregedor Geral da Justiça, cuja ementa é a seguinte: “PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - REGISTRO DE NASCIMENTO - FERTILIZAÇÃO IN VITRO - BARRIGA DE ALUGUEL - PROCEDIMENTO COMPROVADO - OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - GESTANTE QUE JAMAIS DISPUTOU O PODER FAMILIAR E QUE EXPRESSAMENTE, DESDE O INÍCIO, E COM SEGUIDAS REITERAÇÕES, MANIFESTOU O DESEJO DE NÃO SER A MÃE, RENUNCIANDO EM FAVOR DA MÃE BIOLÓGICA - SENTENÇA DEFERINDO O REGISTRO AOS PAIS BIOLÓGICOS, CONFORME PLANEJAMENTO E RAZÃO DE SER DO PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO INTERESSE DA CRIANÇA - RESPEITO À VONTADE INCONTESTE DE TODOS OS ENVOLVIDOS E AOS FINS DA TÉCNICA UTILIZADA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.”.

Em 20 de novembro de 2017, como forma de se favorecer os beneficiários interessados na gestação em substituição, a Corregedoria Nacional de Justiça – órgão competente no Brasil para fiscalizar os registros civis no país – emitiu o Provimento nº 63, tornando mais simples o registro de crianças geradas pela gestação por substituição.

Nesse caso, foi regulamentada a emissão de certidão de nascimento dos filhos cujos pais optaram por essa modalidade de reprodução, garantindo-lhes um direito básico. Se os pais (heteroafetivos ou homoafetivos) forem casados ou convierem em união de facto, apenas um deles poderá comparecer ao cartório para fazer o registro. Na certidão, o documento deverá ser adequado para que os nomes dos beneficiários figurem como ascendentes, e, dada a possibilidade de envolvimento de pessoas do mesmo sexo, o documento será emitido sem distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Outra novidade brasileira é que, nos casos de gestação por substituição, não mais constará do registro o nome da gestante informado na *Declaração de Nascido Vivo*. O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco entre o doador ou doadora e a pessoa gerada por meio de reprodução assistida, determinando que os registradores estarão proibidos de se recusar a registrar as crianças geradas por gestação em substituição. Em caso de recusa, os oficiais poderão responder processo disciplinar perante a Corregedoria dos Tribunais de Justiça nos Estados Federados. Como se verifica, a ausência de lei federal específica também não tem sido óbice para implementação do registro civil de crianças nascidas de gestação de substituição.

3.4. Regime penal aplicável em casos de abandono dos contratantes e recusa de entrega da criança pela gestante de substituição

Um outro tema envolvendo reprodução assistida e as consequências de uma lei específica para fins penais envolve o descumprimento da gestação de substituição por uma das partes envolvidas neste negócio jurídico existencial.

Apesar da lei brasileira *limitar subjetivamente* quem pode figurar como *gestante de substituição*, apesar agora da ampliação permitida pela Resolução nº 2320/2022, um tema que tem despertado a atenção e a recusa da entrega da criança nascida e o descumprimento do termo de consentimento^[11]. Há consequências jurídicas penais possíveis de se imaginar neste caso?

O assunto não é de fácil solução, agravado pela ausência de lei específica, por óbvio. Mas se considerarmos que o que consta do *termo de consentimento* fixa as *tutelaridades* neste projeto de filiação e, especificadamente neste caso, a parturiente (que não é mãe e, segundo o termo de consentimento, tem o dever de registrar a criança em nome dos contratantes) estará subtraindo uma criança que “não é sua filha” ou registrando em nome próprio “filho que não é seu”, poderíamos imaginar algumas implicações penais ao fato, perfeitamente aplicáveis ao caso concreto.

Em Portugal, sob a égide da então Lei de Gestação de Substituição, chegamos a afirmar que, caso a gestante em substituição se recuse a entregar a criança nascida, passível a incidência do crime tipificado no artigo 249 do Código Penal Português (*subtração de menor*), poderão os beneficiários requer a instauração de procedimento criminal mediante queixa, considerando, como afirmado acima, que a gestante em substituição se recusa a entregar menor   pessoa que sobre ele exercer poder paternal, crime que   punível com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Há também no direito penal português a figura da *falsificação de estado civil* que, a princípio, pune quem fizer registro civil nascimento *inexistente* ou

11. Sobre a questão do parentesco e recusa, comenta MARIA CELINA BODIN DE MORAES e FABIO KONDER: “Alex Patrick, que ficou estéril após se tratar de um câncer, teve dois filhos na Inglaterra com a ajuda de suas duas irmãs. A irmã Gêmea de Alex, Charlotte, concordou em doar um óvulo, enquanto a sua outra irmã, Helen, se prontificou a permitir o uso de seu útero para a gestação. O óvulo de Charlotte foi fecundado com um espermatozoide do marido de Alex, Shaun. O beb  Charlie nasceu em 2005. Ela tinha 28 anos quando decidiu com o marido que queria ter o primeiro filho. Mas após ter câncer cervical, foi obrigada a fazer quimioterapia, o que a deixou estéril. “Isso foi mais duro até que o câncer. Shaun e eu quer mos onstruir uma família e isso nos foi negado”, lembra Alex. Ao perceber sua decepção, as irmãs decidiram intervir. “Quando elas souberam, perguntaram: ‘há algo que possamos fazer?’”. “Eu e Shaun dissemos que quer mos ter filhos que tivessem os laços mais próximos possíveis conosco. Charlotte disse: ‘Nenhum problema, você pode ter meu óvulo.’” Em seguida, a outra irmã, Helen, de 35 anos, ofereceu a sua “barriga de aluguel”. Um tratamento de fertilização In vitro foi realizado, e Helen ficou grávida já na primeira tentativa. Embora Helen tenha carregado Charlie por nove meses, ela disse que não teve problemas para entregar a criança   irmã após o beb  ter nascido. “Sou só uma mãe de aluguel. Apenas fiz a gestação do beb  para Alex e não vejo as coisas como se estivesse abrindo mão da criança”. Em 2008, as irmãs se reuniram novamente para ajudar Charlotte a ter o seu segundo filho: Oliver, que nasceu em outubro de 2008”. (MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Fabio. *Dilemas de direito civil constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 431).

quem alterar ou encobrir a posição jurídica familiar de outra pessoa (Código Penal Português, artigo 248). Neste caso, apesar de o Código de Registro Civil merecer uma série de atualizações, a genitora que falsifica sua condição e impõe uma descendência falsa, contrariando o disposto pela lei 25/2016, poderia ser enquadrada também nesse tipo penal, sem contar a possibilidade de se contestar a maternidade, nos termos do artigo 1807º do Código Civil Português.

Há tipos penais correlatos no Brasil^[12] que poderiam se subsumir ao fato, não sendo impeditivo de aplicação da lei penal considerando o contexto legal aplicável ao Brasil.

Também não ignoramos o abandono da gestação de substituição pelos próprios contratantes. Neste caso, considerando que a regra aplicável para fins de efetivação da filiação está no *termo de consentimento* (que deve, inclusive, ser assinado pelo cônjuge ou companheiro da parturiente e gestante de substituição), entendemos que, ao abandonar a criança nascida que é sua filha, os contratantes também cometem crime^[13], sendo legitimado, inclusive, que a gestante registre diretamente a criança em nome dos contraentes, cumprindo-se o Provimento nº 63/2017 do CNJ. Isto não significa que a criança ficará, automaticamente, com a parturiente, porque a parturiente, neste processo, não

12. Subtração de incapazes

Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:
Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena

13. Abandono de incapaz

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

é a mãe. Neste caso, deverá a criança ser colocada em situação de adoção, atendo-a segundo os seus melhores interesses.

4. Conclusão

Precisamos então de lei? Obviamente que a lei federal é bem-vinda.

Mas o direito é *arte alográfica*, pois a norma encontra-se em estado de potência, *involucrada* no enunciado (texto ou disposição), cabendo ao intérprete *desnudá-la*.^{14]} E como vimos acima, a ausência de uma lei específica sobre a Reprodução Assistida **não** quer significar que não tenhamos um arcabouço jurídico apto para aplicação de casos intrincados. Aliás, diga-se de passagem, nem mesmo o defensor mais otimista de uma regulamentação federal acredita que esta norma federal virá tão cedo, pelos mais variados motivos, como questões religiosas, morais, ideologias de gênero que hoje pautam o Congresso. O que não podemos é ignorar a realidade e os anseios imediatos da sociedade, ignorando o regime jurídico posto e princípios imediatamente aplicáveis ao caso.

14. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81. A noção do caráter *alográfico* da interpretação do direito vai buscá-la Eros Grau na “arte”. Para ele, com base em Edmond Ortigues, há dois tipos de expressão artística: as artes alográficas (música e teatro) e as autográficas (pintura e romance). Embora, em ambas, o elemento *interpretação* esteja presente — é dizer: interpreta-se uma música, uma peça de teatro, um livro ou um quadro — a *forma* como esta interpretação é levada a cabo é substancialmente diferente em cada uma delas. Nas artes *autográficas* a interpretação limita-se, sempre de acordo com Grau e suas fontes, a uma *compreensão direta* daquele que entra em contato com a obra. A *compreensão não é intermediada* por ninguém. Diferentemente, nas artes alográficas, a presença do intérprete é indispensável. A compreensão só é possível diante de algo diferente, a *reprodução*. O destinatário final da obra, por exemplo, a audiência de uma execução de uma sinfonia de Beethoven — sua sexta sinfonia, a Pastoral, vem bem a calhar para o presente estudo, pelo que exporei mais adiante — só a *compreende* depois de ela ser *decodificada* pelo que Grau chama de “primeiro intérprete”. Se não fosse pela presença do maestro e da orquestra e, certamente, sinfonia alguma seria ouvida. Sequer sentida ou imaginada. Sobretudo pelo leigo em música que não compreende o que são aquelas bolinhas, a maioria pretas, mas também brancas, entre cinco linhas e quatro espaços com diferentes hastes, pontos, joguinhos da velha e acompanhadas, às vezes, de pequenas e estilizadas letras bẽ.

REVISTA da
FALP



Federação dos Advogados
de Língua Portuguesa



EDITORA
IASP

FALP



Federação dos Advogados de Língua Portuguesa

A FALP - Federação dos Advogados de Língua Portuguesa surge no cenário mundial para cumprir um papel essencial em benefício de uma Advocacia Lusófona que representa, em termos numéricos, a maior Advocacia do mundo, presente em quatro dos cinco continentes.

Como se não bastasse o aspecto quantitativo, todas as Jurisdições de língua portuguesa, Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Macau, Moçambique, Portugal, Santo Tomé e Príncipe e Timor-Leste, representam uma força intelectual numa sociedade globalizada.

Foi a partir desse contexto que nasceu a ideia desta Revista, ou seja, uma Revista que cuidará da Ciência e Investigação, um dos quatro pilares fundamentais da FALP.

O leitor e o estudioso poderão se aprofundar nas diferentes dimensões do Direito ao desenvolvimento, a partir de vinte e quatro preciosos artigos, da lavra de trinta e um autores, que tratam de temas atuais e instigantes, não somente para a língua portuguesa, mas para o mundo.

Sem temor de errar na afirmação, são sólidos os fundamentos desta Revista do Direito ao Desenvolvimento, pois permite o estudo e o intercâmbio entre as diversas Jurisdições de língua portuguesa, sendo essa uma necessidade perene da universalidade da cultura.

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO
Diretor da Revista do Direito ao Desenvolvimento da FALP

ISBN: 978-65-87082-27-1



9 786587 082271